

Om utlevering av bevis etter straffeprosessloven

§210 første ledd

Skjellig grunn til mistanke – En betingelse for utleveringspålegg?
Underretning til mistenkte?

Kandidatnr: 386
Veileder: Inger Wiig
Leveringsfrist: 26/4 2004

Til sammen 17777 ord

28.04.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	OPPGAVENS TEMA	1
1.2	KORT OM §210	3
1.2.1	NÅR BENYTTES UMLEVERINGSPLÅEGG	4
1.3	METODE	5
1.4	RETTSKILDESITUASJONEN	6
1.5	OPPBYGNING AV OPPGAVEN	9
1.6	AVGRENSNING	10
<u>2</u>	<u>FORHOLDET TIL ANDRE BESTEMMELSER</u>	<u>11</u>
2.1	§210 ANNET LEDD – HASTEKOMPETANSE GITT TIL PÅTALEMYNDIGHETEN	12
2.2	RETTLIG AVHØR ETTER §116.	13
2.3	BESLAG JF §203 FLG	13
2.4	STRAFFEPROSESSLOVEN KAPITTEL 16A	14
2.5	EMK ART. 6 OG ART. 8	15
<u>3</u>	<u>STRAFFEPROSESSLOVEN §210 FØRSTE LEDD</u>	<u>16</u>
3.1	”TING SOM ANTAS Å HA BETYDNING SOM BEVIS I SAKEN”	16
3.1.1	”TING”	16
3.1.2	”BEVIS”	18
3.1.3	”ANTAS Å HA BETYDNING”	19
3.2	VITNEPLIKTEN - UMLEVERINGSPLIKTEN	20
3.2.1	NÅR INNTRER VITNEPLIKTEN?	21
3.2.2	OMFANGET AV VITNEPLIKTEN - SPESIFIKASJONSKRAVET	23
3.2.3	BEGRENSNINGER I VITNEPLIKTEN	25
3.2.3.1	Opplysninger underlagt taushetsplikt §§117 til 120.	26
3.2.3.2	Opplysninger underlagt taushetsrett	28
<u>4</u>	<u>SKJELLIG GRUNN TIL MISTANKE - ET VILKÅR?</u>	<u>31</u>
4.1	NÆRMERE OM INNHOLDET AV KRAVET ”SKJELLIG GRUNN” TIL MISTANKE?	31
4.2	SKJELLIG GRUNN TIL MISTANKE. EN BETINGELSE FOR <i>BESLAG</i> ?	32

4.3	LOVENS ORDLYD	33
4.4	FORARBEIDER	34
4.5	RETTSPRAKSIS	35
4.6	PÅTALEMYNDIGHETENS PRAKSIS	36
4.7	HENSYN	37
4.8	LITTERATUR	39
4.9	KONKLUSJON	39
<u>5</u>	<u>PROSESSUELLE SPØRSMÅL</u>	<u>41</u>
5.1	FORM – BESLUTNING ELLER KJENNELSE?	41
5.1.1	BETYDNINGEN AV HVILKEN FORM SOM BENYTTES	41
5.2	MEDFØRER UMLEVERINGSPÅLEGG SIKTELSE?	42
<u>6</u>	<u>UNDERRETNING TIL MISTENKTE</u>	<u>45</u>
6.1	HAR MISTENKTE KRAV PÅ UNDERRETNING?	45
6.2	NÅR SKAL DET UNDERRETTE?	49
6.3	HVEM SKAL UNDERRETTE?	49
6.4	UTSATT UNDERRETNING – § 210A	50
6.5	UTLEVERINGSPÅLEGG FREMOVER I TID - §210B	53
6.6	FORHOLDET MELLOM §210 OG §216B	54
<u>7</u>	<u>KJÆREMÅL</u>	<u>55</u>
7.1	INNEBÆRER UMLEVERINGSPÅLEGG ”BESLAG” AV BEVIS ETTER §208 FØRSTE LEDD?	55
7.2	OPPSETTENDE VIRKNING FOR TREDJEMANN	57
<u>8</u>	<u>HENVISNINGER OG LITTERATURLISTE</u>	<u>58</u>
8.1	LITTERATURLISTE	58
8.2	LOVREGISTER	58
8.3	FORARBEIDER	59
8.3.1	Stortingsforhandlinger	59
8.3.2	Norges offentlige utredninger	59
8.3.3	Odelstingsproposisjoner	59
8.4	REGISTER OVER KJENNELSER OG BESLUTNINGER	60

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

§ 210

Ting som antas å ha betydning som bevis, kan retten pålegge besitteren å utlevere såfremt han plikter å vitne i saken. Reglene i § 137 og domstolsloven § 206 gjelder tilsvarende.

Dersom det ved opphold er fare for at etterforskningen vil lide, kan ordre fra påtalemyndigheten tre istedenfor kjennelse av retten. § 197 tredje ledd gjelder tilsvarende. Påtalemyndighetens beslutning skal snarest mulig forelegges retten for godkjennelse.¹

I etterforskningen av straffbare forhold benytter politiet særlige etterforskningsskritt i form av tvangsmidler for å tilegne seg bevis.² Utleveringspålegg er et slikt tvangsmiddel, som pålegger besitteren å utlevere konkretiserte bevis i saken.

Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25 (straffeprosessloven) §210 er et tvangsmiddel som utelukkende retter seg mot tredjeperson. Med tredjeperson menes at tvangen ikke er rettet mot den som er mistenkt. Det er besitteren av bevis som pålegges å kaste lys over straffesaken. På denne måten ligner tvangsmiddelet på plikten til å vitne for retten, jf straffeprosessloven §108. Utleveringspålegg betinger at den pålegget retter seg mot har plikt til å vitne i saken. På denne måten er utleveringspålegg en forlengelse av vitneplikten. Den som er fritatt for å vitne er unntatt fra plikten til å utlevere bevis.

¹ Endret ved lov 3 desember 1999 nr. 82 (i kraft 1 jan 2000 iflg. res. 3 des. 1999 nr. 1202).

² Jf Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25 (straffeprosessloven) fjerde del

Samtidig som reglene om utleveringspålegg går tilnærmet parallelt med reglene om vitneplikt, er §210 som et tvangsmiddel, nært knyttet til beslag.³ Etter bestemmelsenes ordlyd fremstår de materielle vilkårene for beslag⁴ og utleveringspålegg av bevis som nær identiske, med den forskjell at det ved utleveringspålegg må tas hensyn til forbudet mot selvinkriminering og nærståendes rett til å nekte å medvirke til domfellelse.⁵ Med innføring av hastekompetanse til påtalemyndigheten om å pålegge utlevering, har reglene nærmet seg hverandre ytterligere.⁶

Forbindelsen med vitneplikten på den ene side og tvangsmidlene på den annen, gjør at regelen trekkes i to ulike retninger. Bestemmelsen har sine likhetstrekk med sine beslektede bestemmelser, men er en selvstendig regel som må tolkes individuelt i lys av de hensyn og formål den skal ivareta. Det kan ikke settes likhetstegn ved alle sider av regelen om utleveringspålegg og de nært beslektede regelsettene. Til det er regelen, som straffeprosessen ellers, for fragmentarisk og mangesidet.

Utleveringspålegg er et tvangsmiddel som tradisjonelt har vært lite brukt. Politiet kan sikre seg bevisene gjennom beslag i kombinasjon med andre tvangsmidler, og ved rettslig avhør, jf §237 jf §§108 og 116. Dette har gjort at utleveringspålegg har fått lite oppmerksomhet av politiet, domstolene og juridisk litteratur. Innholdet i §210 har ikke fått formet seg på samme måte som de mer benyttede og prøvede tvangsmidlene. Innholdet og de rettslige konsekvensene av bestemmelsen fremstår derfor som mindre klare.

Utleveringspålegg er et praktisk og forholdsmessig tvangsmiddel. Den teknologiske utviklingen har ført til at lovbryteren etterlater seg en mengde elektroniske spor og et mer komplisert bevisbilde. Dette har gjort det mer praktisk for politiet å kreve bevis utlevert av en besitter som lettere kan finne fram det som har interesse for

³ Jf §203flg og §211 flg

⁴ jf §§203 og 204

⁵ jf §§122 og 123

⁶ Endret ved lov 3. des. 1999 nr. 82. i kraft 1. jan 2000

etterforskningen. Bruken av utleveringspålegg har tatt seg kraftig opp, samtidig som betingelsene og rettsvirkningene av bestemmelsen, fortsatt er uklare. Av disse grunner vil denne oppgaven redegjøre for innholdet av §210; dens betingelser og dens rettslige og praktiske virkninger.

1.2 Kort om §210

§210 gir *påtalemyndigheten* kompetanse til å begjære utlevert bevis fra den som plikter å vitne i saken.⁷ Utleveringspålegg er altså et rettslig etterforskningsskritt.

Drøftelsen av utleveringspålegg etter §210 involverer flere parter og det er nødvendig å holde de impliserte fra hverandre. Pålegget retter seg mot besitteren. Den som pålegget har som formål å etterforske, vil omtales som mistenkte eller siktede. Beviset som kreves utlevert kan tilhøre andre, eller opplysningene i dokumentene kan inneholde informasjon som gjelder andre enn mistenkte. På denne måten involverer utleveringspålegg flere parter.

Bestemmelsen er plassert under straffeprosessloven fjerde del om tvangsmidler, men er som sådan relativt lite inngripende. Bestemmelsen særpreges ved at påtalemyndigheten ikke benytter makt, men et rettslig pålegg, for å tilegne seg bevis. Bestemmelsen befinner seg i kapittel 16 sammen med beslag. Ved beslag kan politiet fysisk tilegne seg gjenstanden ved bruk av tvang, men vanligvis vil tingen utleveres frivillig uten at det er nødvendig for politiet å bruke makt. Det vil likevel være beslag i rettslig forstand.⁸ Dersom tingen ikke er tilgjengelig for beslag og besitteren nekter å utlevere beviset, må politiet skaffe en rettslig beslutning for ransaking⁹ eller utleveringspålegg. Dersom det ikke er betenkelig å benytte det mindre inngripende tvangsmiddelet utleveringspålegg, vil det ikke være ”tilstrekkelig grunn” til å benytte ransaking. Dette er en konsekvens av forholdsmessighetsprinsippet, som er lovfestet i §170a, se avsnitt 4.7.

⁷ Tvangsmidler benyttes av påtalemyndigheten, men i private straffesaker kan saksøker og saksøkte begjære utleveringspålegg, jf §411 tredje ledd, jf §210 jf Rt. 1997 side 266. Mistenkte i saken kan begjære foretatt rettergangsskritt etter §241 til opplysning av saken. Mistenkte/siktede kan kreve innsyn i påtalemyndighetens dokumenter, jf §§242 og 243.

⁸ jf §208 annet ledd, se punkt 5 i oppgaven

⁹ jf §192 flg

1.2.1 Når benyttes utleveringspålegg

Utleveringspålegg går lenger enn beslag ved at den pålegget retter seg mot er pliktig til aktivt å utlevere beviset. Begjæring om utlevering av bevis er praktisk for påtalemyndigheten der det ikke er grunn til å frykte at den pålegget retter seg mot vil destruere eller forringe beviset på annen måte. I motsatt tilfelle vil beslag etter ransaking være en bedre måte å sikre seg beviset, jf §§ 192 flg jf §203.

Praksis fra politiet viser at utleveringspålegg benyttes særlig under etterforskningen av økonomiske forbrytelser og narkotikalovbrudd. Bruken av bestemmelsen viser at påleggene primært retter seg mot finansinstitusjoner og teleoperatører, der pengetransaksjoner og utskrifter om samtaleinformasjon kan belyse saken som er under etterforskning. Dersom politiet trenger taushetsbelagt informasjon fra andre offentlige instanser vil utleveringspålegg være nødvendig, med mindre det foreligger særlige utleveringsregler.¹⁰ Det er ikke praktisk å benytte ransaking og beslag i en slik situasjon.

Forberedelseshandlinger

Utleveringspålegg er som tvangsmidler ellers utelukket dersom det ikke er mistanke om at en straffbar handling eller unnlatelse er blitt begått. Forsøk er straffbart, slik at det ikke er nødvendig at gjerningen er fullbyrdet. Tradisjonelt har det ikke vært straffebelagt å planlegge forbrytelser, slik at utleveringspålegg ikke er anvendelig under politiets etterretning. Det finnes imidlertid en del enkeltbestemmelser som rammer forberedelser til straffbare handlinger, for eksempel straffeloven §94 om å inngå forbund med sikte på begå nærmere angitte forbrytelser mot rikets sikkerhet og §159 om allmennfarlige forbrytelser. I forbindelse med bekjempelsen av terrorisme er Norge gjennom sin tilslutning til flere internasjonale konvensjoner, påtatt seg forpliktelser til å kriminalisere visse handlinger. Etter sikkerhetsutvalgets utredning, NOU 1993: 3, er ytterligere forberedende handlinger kriminalisert, jf straffeloven §§162c, 223 tredje ledd, 225 tredje ledd, 233a og 269. Utleveringspålegg i forbindelse med slike forbrytelser er da også en mulighet.¹¹ Det bør understrekes at økt bruk av faredelikter og kriminalisering av forberedelseshandlinger, innebærer en utvidelse av grunnlaget for

¹⁰ Jf strprl. §118

¹¹ Se Ot. prp. nr. 64 (1998-1999) side 132.

bruk av etterforskningsmetoder - ved at området for straffbar adferd utvides - også uten at mistankekravet senkes. Se Rikets sikkerhet kapittel 8.3.3

1.3 Metode

I denne oppgaven vil jeg anvende den alminnelige rettskildelære ved fortolkningen av §210. Dette innebærer at de relevante argumentsbærere vil samles og tolkes, før slutningene blir veid opp mot hverandre for å finne innholdet av regelen. Samtidig vil andre bestemmelser være tolkningsfaktorer, *ved at bestemmelsene vil avgrenses mot hverandre.*

Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon(EMK)¹², FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter(ØSK)¹³, FN-konvensjonen om sosiale og politiske rettigheter(SP)¹⁴ og FNs Barnekonvensjon¹⁵ er integrert i norsk lovgivning gjennom straffeprosessloven §4 og Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21.05.1999 nr. 30. Menneskerettighetene fungerer som en tolkningsfaktor og som selvstendige regler. Straffeprosessloven formodes å være i harmoni med disse konvensjonene, men ved en eventuell konflikt vil konvensjonens regel ha forrang, jf menneskerettsloven(mrl) 1999 §3 jf §2.

Dersom § 210 er i konflikt med bestemmelser i EMK, vil en innarbeidet praksis vike for den europeiske menneskerettsdomstol sin fortolkning.¹⁶

Politiets handlinger må ha hjemmel i lov dersom de går utover den alminnelige handlefrihet. Tvangsmidler innebærer et inngrep i individets rettsfære. Slike inngrep er ulovlig med mindre det foreligger rettslig grunnlag. På strafferettens område er kravet til rettslig grunnlag generelt sterkere enn ved andre rettsområder. Dette setter sitt preg

¹² Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter som endret ved ellefte protokoll 11. mai 1994, med tilleggsprotokoller 4, 6 og 7.

¹³ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter,

¹⁴ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter med tilleggsprotokoller: 16. desember 1966 og 15. desember 1989 om avskaffelse av dødsstraff.

¹⁵ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter med følgende tilleggsprotokoller: a) Valgfri protokoll 25. mai 2000 om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi b) Valgfri protokoll 25. mai 2000 om barn i væpnet konflikt

¹⁶ Se Rt 2002 side 487 og 509, for forholdet mellom norsk rett og menneskerettighetskonvensjonene.

på metoden i innenfor straffeprosessen. Om forholdet til EMK artikkel 6. og 8, se punkt 2.1.5.

1.4 Rettskildesituasjonen

Denne oppgaven behandler flere problemstillinger knyttet til utleveringspålegg. Reglene som tolkes har sitt rettslige grunnlag i ulike bestemmelser i straffeprosessloven. Jeg vil her kort vise til de ulike rettskilder, som har relevans for tolkningen av betingelsene for utleveringsplikten.

Lov

Det rettslige grunnlaget for utleveringspålegg er straffeprosessloven §210.

§210 gir ikke en uttømmende redegjørelse for innholdet og rettsvirkningene av tvangsmiddelet utleveringspålegg. Bestemmelsen må ses i sammenheng med resten av straffeprosessloven for å gi utførlig kunnskap om utleveringspålegg etter §210.

§ 210 ble supplert med et nytt annet ledd ved lov 3 desember 1999 nr. 82, som gir påtalemyndigheten hastekompetanse til å kreve bevis utlevert uten begjæring til retten.¹⁷ Samtidig ble §§ 210 a, 210 b og 210 c tilføyd. Disse bestemmelsene gir politiet hjemmel til å utsette underretning til mistenkte, adgang til å begjære pålegg om utlevering rettet mot den som i fremtiden vil besitte bevis, og utsatt underretning om slik fremtidig utlevering. §§210a til c begrenser omfanget av §210. De nye bestemmelsene er delvis kodifisering av gjeldende rett og delvis endringer av den tidligere §210. Rettskildene før lovendringen har derfor relevans ved tolkningen av bestemmelsen.

Forarbeider

Ved innføringen av en helt ny straffeprosesslov i 1981, ble tidligere lovs §216 endret til §210. § 210 bygger direkte på tidligere lovs § 216. Verken utvalget eller departementet ga noen grundig redegjørelse for §210.¹⁸

I endringsloven av 3. desember 1999 nr. 89 fikk kapittel 16 i straffeprosessloven nye bestemmelser i §§210a, 210b og 210c som redegjorde for gjeldende rett om beslag og utleveringspålegg.

¹⁷ I kraft 1 jan 2000 iflg. res. 3 des 1999 nr 1202

¹⁸ Innstillingen om rettergangsmåten i straffesaker avgitt i juni 1969, Ot. prp. nr. 35 (1978-79), forhandlingene i Odelstinget for 1980-81 side 460-461, forhandlingene i Lagtinget for 1980-81 side 75

Rettspraksis

Det finnes 20 saker fra Høyesterett eller Høyesteretts kjæremålsutvalg, som i sin helhet eller delvis omhandler §210. Dessuten finnes syv saker fra lagmannsrettene.¹⁹ Dette er således alle *publiserte* avgjørelser fra landets domstoler om §210. Jeg har hatt innsyn i kjennelser og beslutninger fra Oslo tingrett. I perioden 19. januar til 29. mars ble det avsagt 22 saker om §210. Uten å ta i betraktning at antallet saker behandlet ved retten kan variere gjennom året, skulle dette bli omtrent 120 begjæringer om utleveringspålegg ved Oslo tingrett. Domstolsadministrasjonen svare på oppfordring at Oslo tingrett behandler 17% av alle enedomssaker (straffesaker) i landet. Etter denne uoffisielle beregningen skulle det totale antallet utleveringspålegg etter §210 være omtrent 700 for hele landet i året.

Avgjørelsene om §210 fra domstolene er i liten grad publisert og er i hovedsak unntatt offentlighet. Innvilgelser og avslag på begjæringene sendes politiet som legger avgjørelsene inn i saksdokumentene. Verken domstolen eller påtalemyndigheten har opprettet søkerregister for å kunne finne frem til begjæringer om utleveringspålegg. Materialet som eksisterer er lite tilgjengelig, for dommere, påtalemyndigheten og andre som ønsker innsyn i påtalemyndighetens og domstolenes praksis.

Det er ikke publisert kjennelser eller praksis om § 210 a, b eller c.

Tingretten avgjør sakene raskt av hensyn til fremdriften i etterforskningen.

Avgjørelsene blir sjelden påkjært ettersom besitter ikke har den samme interesse som mistenkte til å motsette seg inngrepet. Mistenkte blir ikke underrettet før utleveringen har funnet sted og finner det formålsløst å påkjøre et pålegg som allerede er gjennomført.²⁰ Lagmannsrettene og Høyesteretts kjæremålsutvalg får derfor sjelden anledning til å prøve bestemmelsen.

Upubliserte beslutninger fra retten har mindre rettslig vekt, se Eckhoff side 153.

Påtalemyndighetens og andre myndigheters praksis

¹⁹ Søk i Lovdata 20. april 2004

²⁰ Se punkt 6i oppgaven.

Jeg har foretatt intervjuer med representanter fra Oslo politidistrikt, Romerike politidistrikt, Asker og Bærum politidistrikt og Økokrim. Dette er primært gjort for å få innsyn i den praktiske anvendelsen av utleveringspålegg etter straffeprosessloven. De opplysningene som er gitt er i hovedsak den enkeltes personlige oppfatning av innholdet og praksis rundt bestemmelsen. Representanten for Økokrim hadde før møtet innhentet informasjon fra enheten om bruken av §210 flg. Informasjonen er likevel ikke Økokrims offisielle syn. Vekten av argumentene er derfor ikke stor i en juridisk drøftelse.

Tilbyder av elektronisk nett- og teletjenester er underlagt taushetsplikt etter §118. Post og teletilsynet kan fritta leverandøren for slik taushetsplikt. Ved denne vurderingen tas det hensyn til om bevisene som søkes er underlagt den alminnelige vitneplikten, jf §108 jf §210. Tilsynet opplyser at de behandler mer enn 1500 slike saker i året. Tilsynets praksis har relevans for tolkningen av §210. Vekten vil avhenge av hvordan denne praksisen kommer til uttrykk.

Hensyn i straffeprosessen

Innenfor straffeprosessloven er det materielle sannhetsprinsipp og rettsikkerhetsprinsippene overordnede retningsgivende hensyn ved fortolkningen av de enkelte bestemmelsene. Disse prinsippene er mer enn alminnelige reelle hensyn, begrunnet i ønsket om gode og praktiske løsninger. Ved anvendelsen av tvangsmidler står hensynet til etterforskningen mot personvern hensyn. Vurderingen om betingelsene for inngrep er tilstede innebærer en avveining av disse hensynene gjennom forholdsmessighetsprinsippet, som er inkorporert i §170a. Ved løsningen av de andre problemstillinger som besvares i oppgaven, vil prinsippene om rettsikkerhet og ønsket om å nå materielt riktige løsninger stå mot hverandre.

Juridisk teori

Andenæs og Bjerke skriver eksplisitt om §210 i sine omfattende verk om norsk straffeprosess. I disse er det redegjort for betingelsene for utleveringspålegg. De enkelte rettsvirkningene av utleveringspålegg er drøftet på generelt grunnlag, ikke med utleveringspålegg i tankene. Diskusjonen om skjellig grunn til mistanke er ikke foretatt i den juridiske litteratur. Ulike sider av underrettningsplikten er heller ikke behandlet. Begge disse forfatterne har stor autoritet innenfor det juridiske miljø. Deres arbeide er omfattende og grundig, men deres slutninger har ingen stor vekt i seg selv.

Jeg vil flere steder vise til Anne Mette Dyrnes, "Inndragning", hvor §210 er behandlet.

1.5 Oppbygning av oppgaven

Denne avhandlingen vil i hovedsak ta for seg innholdet av utleveringspålegg etter § 210 første ledd. Bestemmelsens annet ledd, samt §210a og §210b er særregler og tillegg til hovedregelen, og vil bli drøftet i mindre detalj. Andre bestemmelser vil drøftes i den grad de kan belyse innholdet og virkningene av §210. Dette vil innebære en materiell analyse og rettskildemessig drøftelse av §210 og de bestemmelser som er tilknyttet regelen.

Oppgaven vil legge opp til en vid drøftelse av bestemmelsen. Det vil redegjøres for betingelsene for utleveringspålegg, samt de rettslige konsekvensene av regelens anvendelse. Hovedvekten vil legges på problemstillinger som særpreger bestemmelsen og som ut fra rettspraksis og påtalemyndighetens bruk virker uklare. Hvorvidt det er en betingelse for bestemmelsen at det foreligger skjellig grunn til mistanke, samt problemstillingene som knytter seg til underretning av utleveringspålegg, blir viet særlig oppmerksomhet.

Utleveringsplikt etter §210 forutsetter to betingelser: 1) det som kreves utlevert må være ting som antas å ha betydning som bevis og 2) pålegget kan bare rettes mot en besitter som er pliktig til å vitne i saken. Under den første betingelsen vil jeg klargjøre hva som er ting og bevis, samt hva som kreves av sannsynlighet for at gjenstanden er bevis i saken. Ved at bestemmelsen knyttes til vitneplikten, blir det nødvendig å redegjøre for hvem som er pliktig til å vitne, når plikten inntreffer og omfanget av den. Som en forlengelse av disse vilkårene oppstår spørsmålet om det er en betingelse for fremleggelsesplikt at det foreligger skjellig grunn til mistanke om et straffbart forhold. Ved siden av vilkårene som fremkommer av ordlyden i §210 eksisterer forholdsmessighetsprinsippet i §170a, men dette er ikke en selvstendig betingelse. Implisitt i vilkårene ligger et krav til konkretisering av pålegget for at besitter skal kunne utleveres. Dette diskuteres under punkt 3.

Problemstillinger rundt underretning av mistenkte i saken behandles i kapittel 6: Har mistenkte en slik rett. Når inntreffer denne retten og hvem er pliktig til å underrette?

Hvilken form retten skal benytte ved utleveringspålegg er en problemstilling i oppgavens i kapittel 5.1.²¹ Inntil denne er drøftet vil rettens behandling av saken bli omtalt som rettens ”avgjørelse”.

Om partene har adgang til å påkjære avgjørelsen problematiseres i kapittel 7.

Hva er det rettslige grunnlaget? Er det oppsettende virkning ved kjæremål?

Skal jeg ha en konklusjon?

1.6 Avgrensning

Utleveringspålegg er et tvangsmiddel og medfører dermed en rekke rettslige ringvirkninger. En altomfattende redegjørelse av §210 er det ikke plass til i en begrenset avhandling som denne.

Begrensningene i vitneplikten er av direkte betydning for utleveringsplikten. Det vil likevel ikke redegjøres for disse begrensningene i detalj, da et mindretall av de lovfestede begrensningene er praktiske for anvendelsen av utleveringspålegg.

Det er ikke grunn til gå inn i særlige problemstillinger vedrørende private straffesaker eller gjenopptagelsessaker der det er en part som begjærer utleveringspålegg²².

§137 om forvaring av vitne som ikke vil forklare seg, og domstolsloven §206 om rettergangsstraff, får tilsvarende virkning for utleveringspålegg, jf §210 første ledd annet punktum. Disse bestemmelsene er ikke sentrale i redegjørelsen, og vil ikke diskuteres.

Pålegg om utlevering av opplysninger og krav om innsyn av kontrollorganer, som ligningsmyndighetene og konkurransetilsynet reguleres ikke av §210. Plikt til å

²¹ se punkt 6

²² At det er en slik adgang fremkommer av Rt. 2000 side 1236, som omhandlet omfanget av taushetsplikten etter §118 første og annet ledd jf §210 i sak om gjenopptagelse av straffesak. Justisdepartementet ble pålagt å utlevere bevismateriale til partens advokat. Rt.1997 side 266 gjaldt plikt til å utlevere bevis etter §210 i privat straffesak. Om lovforståelsen bemerket kjæremålsutvalget: I en privat straffesak har saksøkeren samme plikt som et vitne "til å forklare seg og legge frem dokumenter og andre bevis", jf straffeprosessloven § 411 tredje ledd. Plikten for et vitne til dokumentfremleggelse følger av straffeprosessloven § 210. Denne plikten gjelder ting, herunder dokumenter, "som antas å ha betydning som bevis"..

utlevere slike opplysninger, er av ikke prosessuell art. Det kan lede til oppdagelse og anmeldelse av straffbare handlinger, og dermed straffesak, hvor kapittel 16 får anvendelse. En slik plikt til å legge frem opplysninger for kontrollmyndighetene ligger utenfor denne oppgaven. Opplysninger som er innhentet av kontrollorganer kan kreves utlevert av politiet etter §210, eller egne hjemler for utveksling av opplysninger mellom de offentlige organene, jf for eksempel ligningsloven §313 andre ledd bokstav f. Jeg kommer ikke til å gå inn i en drøftelse av forholdet mellom straffesanksjonert utleveringsplikt til kontrollmyndighetene og senere bruk av slik informasjon i straffesaker. Om denne praksisen er i strid med forbudet mot selvinkriminering i EMK art 6, er en omfattende problemstilling som ikke får plass i denne oppgaven. Det formodes generelt at utleveringspålegg etter §§210 flg er i overensstemmelse med de folkerettslige forpliktelser Norge har inkorporert ved straffeprosessloven §4, og menneskerettsloven. Jeg avgrenser derfor mot drøftelser om de enkelte problemstillinger i forhold til folkerettslige forpliktelser, men vil kort nevne EMK art. 6 og 8. Dette gjøres under punkt 2.5

Videre avgrensninger gjøres under redegjørelsen av de enkelte spørsmål.

2 Forholdet til andre bestemmelser

Straffeprosessloven er omfattende og svært fragmentert. Betingelsene for utleveringspålegg fremkommer av §210 første ledd, men gir på ingen måte et fullstendig bilde av regelen. Hvem som er pliktige til å vitne går frem av §§108 flg, og av praksis rundt bestemmelsene. Det fremkommer forutsetningsvis av §210a, at det er plikt til å underrette mistenkte ved utleveringspålegg. Hva som er det rettslige grunnlaget, hvem som skal underrette og når dette skal skje, kommer ikke klart frem i loven. Hvorvidt utleveringspålegg får konsekvenser for mistenktes rettslige stilling i forhold til §82 er ikke opplagt. Dette er spørsmål som vil bli drøftet i oppgaven.²³

²³ Se oppbygning punkt 1.5

Grensene for den rettslige og praktiske anvendelsen av §210 avdekkes ved å søke innholdet og rettsvirkningene av vitneplikten og andre tvangsmidler. Under presenteres kort unntak fra hovedregelen og noen av de tilgrensende bestemmelser.

2.1 §210 annet ledd – Hastekompetanse gitt til påtalemyndigheten

”Dersom det ved opphold er fare for at etterforskningen vil lide, kan ordre fra påtalemyndigheten tre istedenfor kjennelse av retten. § 197 tredje ledd gjelder tilsvarende. Påtalemyndighetens beslutning skal snarest mulig forelegges retten for godkjennelse.”

Det er retten som har kompetanse til å beslutte utleveringspålegg jf §210 første ledd. Ved lov 3 desember 1999 nr. 82 fikk bestemmelsen et nytt annet ledd, og påtalemyndigheten ble gitt kompetanse til å pålegge utlevering uten rettslig beslutning. Annet ledd er en unntaksbestemmelse, og beslutningen skal snarest fremlegges retten.

Endringen var begrunnet med at bevis lett forspilles når rettens kjennelse ikke kan innhentes på det tidspunktet behovet oppstår. Videre ble det lagt vekt på at moderne kommunikasjonsformer trolig vil føre til en økning av saker der tidsaspektet er avgjørende for om bevis kan sikres. Påtalemyndigheten har selvstendig kompetanse til å beslutte mer inngripende tvangsmidler, jf eksempelvis ransaking og beslag. Innføringen av en hastekompetanse ved utleveringspålegg, var derfor lite vidtgående endring. Betingelsene etter første ledd må være tilstede. Videre er det en forutsetning at ”det ved opphold er fare for at etterforskningen vil lide.”

Det går frem av proposisjonen at vilkåret skal forstås på samme måte som tilsvarende vilkår i straffeprosessloven, for eksempel §197.²⁴

Fare for opphold innebærer at utsettelse i påvente av rettens beslutning kan medføre at beviset forspilles. Et eksempel er der en videotape til et overvåkningskamera blir overspilt etter kort tid. Betingelsene er innarbeidet og byr ikke på særlige problem i praksis.

Formkravene til beslutningen følger av §197 tredje ledd.

²⁴ Ot. prp. Nr 64 (1998-1999) side 152

Hastekompetansen har liten betydning der besitter ikke vil medvirke, fordi beslutningen kan påkjæres med oppsettende virkning, jf §379 annet ledd jf §382 annet ledd.

Bestemmelsens praktiske anvendelsesområde er der besitter er underlagt taushetsplikt som forhindrer ham fra å vitne for politiet. Et pålegg vil være bindende for besitteren med mindre taushetsplikten er sterk, det vil si at taushetsplikt etter straffeprosessloven. Kompetanse til å beslutte utleveringspålegg etter annet ledd tilligger påtalemyndigheten jf straffeprosessloven §54

2.2 Rettslig avhør etter §116.

Bestemmelsen er en alternativ måte for påtalemyndigheten å tilegne seg bevis. Under etterforskningen plikter retten å oppta rettslig avhør på anmodning av påtalemyndigheten etter §237. Etter §116 kan retten pålegge vitnet å ta med seg dokumenter eller andre ting som han plikter å legge fram og å gjøre seg kjent med tilgjengelige opplysninger. Dette fører oss tilbake til §210. Betingelsene for å pålegge et vitne å ta med seg bevis til avhøret tilsvarer vilkårene i §210. Vitneavhør, i motsetning til utleveringspålegg, skjer i rettsmøte der siktede har rett til å være tilstede. Det er påtalemyndigheten som skriver ut stevningen uten underskrift av dommeren. Pålegg etter §116 gjøres i stevningen, men dette kan bare gjøres av retten.²⁵ Vitner som ikke følger opp pålegget kan gis rettergangsstraff, jf §210 første ledd, og kan pålegges å fremlegge dokumentene etter §210. Rettsvirkningene av bestemmelsene fremstår ellers som identiske. Rettskildene for §116 vil ha relevans og vekt ved fortolkningen av §210 og dens rettsvirkninger. For eksempel blir vurderingen den samme ved avgjørelsen om mistenkte får status som siktet ved rettsavhøret og utleveringspålegget.

2.3 Beslag jf §203 flg

I forhold til de andre tvangsmidlene i straffeprosesslovens fjerde del, er utleveringspålegg etter §210 lite inngripende. Det betinges derfor ikke at forholdet som er under etterforskning medfører frihetsstraff, slik vilkåret er for pågripelse §§171 flg, varetektsfengsling §§184 flg, ransaking jf §§192 flg, utsatt underretning jf §210a, løpende utleveringsplikt etter §210b, eller kommunikasjonskontroll etter kapittel 16a og 16b.

²⁵ Bjerke bind I side 455

Beslag krever heller ikke at det straffbare forhold som er under etterforskning medfører frihetsstraff, jf §203 flg. Dette tvangsmiddelet er svært likt utleveringspålegg. Den mest synbare likheten er at betingelsene er tilnærmet like, mens besitters aktive medvirkningsplikt ved utleveringspålegg klart skiller bestemmelsene. Dessuten er adgangen til beslag videre, ved at §§122 og 123 ikke hindrer beslag, jf §204. Beslag kan benyttes av politiet med det formål å tilegne seg gjenstander som kan inndras etter straffelovens §§34 flg. Slike ting kan bare kreves utlevert etter §210 dersom de er bevis i saken. Forskjellene gjør at utleveringspålegg etter §210 blir sett på som et mindre inngripende etterforskningsskritt. Dette gjør at rettsvirkningene av bestemmelsene kan være ulike. Etter §82 blir mistenkte siktet i saken ved at det foretas beslag mot ham. Utleveringspålegg etter §210 er ikke nevnt i bestemmelsen. Hvorvidt det er forskjell i betingelsene for bruken av og rettsvirkningene av beslag og utleveringspålegg, vil være diskusjonstema senere i oppgaven.

2.4 Straffeprosessloven kapittel 16a

Straffeprosessloven kapittel 16 omhandler politiets adgang til å foreta kommunikasjonskontroll.²⁶ Etter §210 kan det kreves utlevert bevis i form av data om personers bruk av telefon eller annen kommunikasjon.²⁷ §216a er forskjellig fra utleveringspålegg ved at det er adgang til å ”avlytte” samtaler eller annen kommunikasjon. Denne bestemmelsen gir hjemmel for å hente ut informasjon om kommunikasjonens innhold. §216b gjelder annen kontroll av kommunikasjonsanlegg. Etter bestemmelsens annet ledd bokstav c, kan retten gi politiet rett til å uthente historiske og fremtidige data om kommunikasjonstrafikk. Her overlapper §216b og §210 hverandre når det kommer til historiske data, mens det ikke er tilsvarende delt bruksområde mellom §210b og §216b.

Pålegg om utlevering av trafikkdata kan etter §210 beslutes i alle straffesaker, uavhengig av lovbruddets art og strafferamme. Anvendelsesområdet er altså vesentlig videre enn i §216b, som bare gjelder straffbare forhold med strafferamme over 5 år samt forbrytelser som er nevnt i bestemmelsen. På et par punkter går §216b videre enn §210: Kontroll etter §216b skjer uten at mistenkte er klar over det. Ved utleveringspålegg skal

²⁶ se definisjoner i §§216a tredje ledd og §216b annet ledd

²⁷ jf Rt 1997 side 470

det alltid varsles, bortsett fra der det foreligger kjennelse om at underretning ikke skal skje. Dessuten kan §216b benyttes for løpende overvåkning av mistenkte.²⁸ På den annen side kan §216b bare benyttes til å få tilgang til informasjon om kommunikasjon fra kommunikasjonsanlegg som mistenkte besitter eller antas å bruke, jf §216c tredje ledd, jf §216a fjerde ledd. Utleveringspålegg etter §210 kan rette seg mot andre enn mistenkte. En sammenligning er gjort under punkt 6.6, men med utgangspunkt i underretningsplikten.

2.5 EMK art. 6 og art. 8

Det er særlig to bestemmelser i EMK som er av betydning i forhold til utleveringspålegg, nemlig artikkel 8 om retten til respekt for privat og familieliv og artikkel 6 om retten til rettferdig rettergang.

Om norsk rettsforhold til EMK vises til punkt 1.3.

EMK artikkel 8 nr 1 beskytter retten til privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse.

Utleveringsplikt antas å gripe inn i individets rett etter denne bestemmelsen.

Personvern- og rettssikkerhetshensyn ivaretas ved domstolsprøvelse, slik at §210 ikke kommer i konflikt med artikkel 8.²⁹

Artikkel 6 gir rett til ”fair trial” (rettferdig rettergang). Rettferdig rettergang knytter seg til behandlingen for retten, men også etterforskningen i den grad den påvirker rettssaken eller bevisene som føres der. Dette innebærer blant annet retten til å kunne forberede sitt forsvar.

Prinsippet om ”equality of arms” (prosessuell likestilling), innebærer at begge parter i saken skal ha lik tilgang til dokumenter og bevis i saken. Utleveringspålegg omhandler bevis, og har derfor en side mot bestemmelsen. §210 er nok ikke i konflikt med artikkel 6. Derimot kan bruk av bevis som er ervervet ulovlig, ved at betingelsene for utleveringspålegg ikke har vært tilstede, være i strid med rettferdig rettergang. Denne problemstillingen ligger utenfor denne oppgavens rammer.

²⁸ Ot. prp. nr. 62 (1998-1999) side 101 og 114

²⁹ Se Ot. prp. nr. 62 (1998-1999) side 19 flg for redegjørelse for bestemmelsen

Bestemmelsene om utleveringspålegg formodes å være i overensstemmelse med Norges folkerettslig forpliktelser, og vil ikke drøftes i denne oppgaven.

3 Straffeprosessloven §210 første ledd

”Ting som antas å ha betydning som bevis, kan retten pålegge besitteren å utlevere såfremt han plikter å vitne i saken. Reglene i § 137 og domstolsloven § 206 gjelder tilsvarende.”

I dette kapittelet vil jeg redegjøre for de materielle vilkårene for utleveringspålegg. Det er tilsynelatende to betingelser for at det kan benyttes utleveringspålegg. Det som søkes utlevert må være ting som antas å ha betydning som bevis i saken, og det kreves at den som pålegget retter seg mot må ha plikt til å vitne i saken.

Implisitt i ordlyden stilles en tredjebetingelse; det må være mistanke om at det foreligger et straffbart forhold. Det er bare grunnlag for å starte etterforskning dersom det er ”rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold”, jf §224. Gjenstanden som kreves utlevert vil ikke ha bevisverdi og vitnet har ingen vitneplikt, med mindre det er en mistanke om et straffbart forhold.

”Skjellig grunn til mistanke om et straffbart forhold” er et felles grunnvilkår som fremgår av ordlyden til alle tvangsmidlene i straffeprosessloven med unntak av beslag og utleveringspålegg. Utgangspunkt for drøftelsen vil derfor være om det er et tilsvarende krav til mistanke ved utleveringspålegg, se punkt 3 i oppgaven.

3.1 ”Ting som antas å ha betydning som bevis i saken”

3.1.1 ”Ting”

”Ting” er et vidt begrep og vil omfatte alle fysiske gjenstander, som for eksempel drapsvåpen, narkotika eller penger. Også dokumenter, eksempelvis kontoutskrifter og

telefonutskrifter, regnes som ting i denne sammenheng. Informasjon lagret på data er ting etter Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalelser, jf Rt 1992 side 904 på side 906:

”..utleveringsplikten omfatter ikke bare legemlige og fysiske gjenstander, men også opplysninger lagret på data og som i tilfelle må gjøres tilgjengelige ved utskrifter, som for eksempel opplysninger om bankkonti”.

Dommen uttaler videre:

”Begrensninger i lovens alminnelige adgang til beslag og krav om utlevering, utover det som er fastsatt i straffeprosessloven, krever særskilt hjemmel.”

Programvare og datalagret informasjon er således ting som kan kreves utlevert.³⁰ Videre er filmopptak ting, jf Rt 1992 side 407. Saken gjaldt beslag, men innholdet i begrepet ”ting” er tilsvarende for bestemmelsene.³¹ Lydbåndopptak er ting, og er praktisk å kreve utlevert fra meglerinstitusjoner, som er forpliktet til å ta opp samtaler mellom kunder og meglere på bånd, jf verdipapirloven §9-7.

Et praktisk anvendelsesområde for §210, er utlevering av dokumenter og elektronisk lagret informasjon. Rettspraksis viser at utleveringsplikten strekker seg langt når det gjelder slik informasjon. Det er ikke bare elektronisk lagrede dokumenter som kan kreves utlevert, men også annen lagret informasjon som er tilgjengelig for besitteren. For eksempel vil en teleoperatør være forpliktet til å utlevere utskrift om samtaledata for et angitt mobiltelefonnummer.³² Dette er informasjon som ikke finnes direkte tilgjengelig i et elektronisk dokument, men som må finnes i de elektroniske sporene som etterlates ved en mobiltelefonsamtale. Kjent fra media er Baneheia-saken der opplysninger om hvilken basestasjon som var brukt ved oppkoblingen av en telefonsamtale er et omtalt bevis i saken.

Ting omfatter fremtidige opplysninger, som ikke eksisterer på tidspunktet for begjæringen eller rettens beslutning, jf Rt 1997 side 470. Etter tilføyelsen av §210b, kan besitteren bare pålegges å utlevere bevis han mottar etter rettens avgjørelse, dersom betingelsene for denne bestemmelsen er tilstede.

³⁰ Se også Rt 1992 side 928 og Rt 1998 side 403

³¹ jf Bjerke bind I side 724 siste avsnitt

³² Se punkt 1.2 om vitneplikt.

For opplysninger som ligger lagret hos teleoperatøren, vil det foreligge dobbelt hjemmel, idet straffeprosessloven §216b 2 ledd bokstav c om kommunikasjonskontroll, ikke begrenser de alminnelige regler om ransaking, beslag og utleveringspålegg, jf Rt 1992 side 904, jf NOU 1997:15 side 67 og Bjerke side 746. *Ved etterforskning av visse typer forbrytelser, jf §216b første ledd, var det tidligere dobbelhjemmel for utlevering av samtaleinformasjon fra en teleleverandør.* Ved innføringen en egen bestemmelse om utlevering av fremtidig informasjon, avgrenset lovgiver regelen mot §216b, jf §210b tredje ledd. Lovgiver fant det ikke formålstjenlig at §210b og §216b skulle ha samme anvendelsesområde. På samme måte var det grunn til å endre §210, slik at heller ikke den overlappet §216b. Noen slik endring ble ikke foreslått, da det etter departementets syn ikke var de samme betenkeligheter med utlevering av historiske data som ved løpende overvåkning av den mistenkte.³³

Når det gjelder §210 er det ikke praktisk å kreve utlevert fysiske bevis som våpen, utbytte, narkotika. Dette er bevis politiet vil tilegne seg ved ransaking og beslag. Det er mulig å innhente disse bevisene ved utleveringspålegg dersom det etter politiets oppfatning er en sikker måte å tilegne seg bevisene på.

3.1.2 "Bevis"

Bevis betyr her bevismidler, straffeprosesslovens tredje del, jf Hov side 200 flg.

Innholdet av begrepet må ses i lys av etterforskningens formål, jf §226.

Etter §226 er formålet med etterforskningen å skaffe tilveie de nødvendige opplysninger for å avgjøre spørsmålet om tiltale, og legge til rette for en fullstendig opplyst rettslig behandling av straffesaken.

I Rt 1997 side 470 la Netcom ned påstand om at opplysninger som kan føre til oppsporing av mistenkte i saken ikke er bevis etter §210. Kjæremålsutvalget tok ikke stilling til spørsmålet, da opplysningene ville være bevis av andre grunner. Både metodeutvalget og departementet hevdet at slike opplysninger også er bevis.

Departementet uttalte på side 153: "Begrepet bevis må forstås slik at det både omfatter

³³ Ot. prp. Nr 64 (1998-1999) side 113 og 114, og Bjerke side 746 p. 6 siste avsnitt.

ting som direkte kan benyttes som bevis, og ting som kan lede til opplysninger om andre bevis.”³⁴ For eksempel vil opplysninger som kan hjelpe politiet å finne vitner i saken være bevis i en straffesak. Et eksempel fra Oslo Tingrett er et tilfelle der retten påla Statoil å utlevere informasjon fra en betalingsterminal, for å finne frem til mulige vitner av et grovt ran.³⁵ Innholdet av bevis i §210 er således svært omfattende.

”Bevis” er alle ting som kan kaste lys over saken.

Før og under en rettssak vil formålet med etterforskningen oppklare om det har skjedd et straffbart forhold. Politiet vil søke å finne ut hva som har skjedd, når hendelsen har funnet sted, hvordan det har skjedd, og hvem som har foretatt seg de ulike handlinger.³⁶

Etterforskningen foregår primært før en eventuell rettssak, men kan også skje under hovedforhandlingen. For eksempel vil opplysninger som kommer frem under saken måtte følges opp. Ved anke og ny behandling av en sak, vil det vanligvis foretas ytterligere etterforskning. Etter at saken er rettskraftig er det i utgangspunktet ikke adgang til etterforskning av forholdet, jf prinsippet om dobbeltstraff i EMKs tilleggsprotokoll 7 artikkel 4. Det må likevel foreligge en slik adgang der det vurderes gjenopptagelse, eller der det er behov for politiets etterforskning i forbindelse med fullbyrdelsen av straffen eller andre sanksjoner, jf §226 første ledd c). Dersom den dømte ikke møter til soning, vil det være politiets oppgave å finne personen.

Det kan også være nødvendig å oppspore utbytte som skal inndras. Opplysninger som kan bidra til å finne personen eller utbyttet som er gjenstand for inndragning vil da være bevis og kan kreves utlevert etter §210.

3.1.3 ”antas å ha betydning”

Tingen som kreves utlevert må ”antas å ha betydning” som bevis. Dette er tilsvarende betingelse som ved beslag etter §203. ”

I Rt 1998 side1839 som gjaldt beslag uttalte kjæremålsutvalget:

³⁴ NOU 1997:15 side ? og Ot. prp. Nr 64 (1998-1999) side 153

³⁵ Avgjørelse fra 12.03.2004

³⁶ Bjerke side711

” At en ting "antas" å kunne ha betydning som bevis eller å kunne inndras, innebærer at en rimelig mulighet er nok. Det kreves altså ikke så mye som skjellig grunn.”

Vilkåret er oppfylt dersom det er en rimelig mulighet for at tingen kan kaste lys over etterforskningen. Innholdet av betingelsen er diskutert Ot. prp. Nr. 64 (1998-1999) side 153.

Utleveringspålegg brukes under etterforskningen av forbrytelser til å kartlegge mistenktes økonomi. Dette kan vise at den mistenkte har hatt et pengeforbruk som ikke står i samsvar med de inntekter personen har oppgitt til ligningsmyndighetene, og dermed styrker mistanken om at personen har begått en straffbar handling. Betalingsinformasjon lagret hos bankene i oppklaringen av økonomiske forbrytelser.

Det ligger en praktisk begrensning av bruken, ved at Telenor og Netcom kun oppbevarer samtaledata i en viss periode.³⁷ ”Det foretas en aktiv og bevisst registrering av teletrafikken, ofte omtalt som trafikkdata. Opplysningene lagres hovedsakelig for å danne grunnlag for fakturering og en eventuell påfølgende klagebehandling. Lagrede personopplysninger skal slettes når fakturaen er gjort opp, eventuelt når klagefristen er gått ut, og senest tre måneder etter at opplysningene ble registrert for tjenester med månedlig fakturering. Fortjenester med kvartalsvis fakturering er fristen for sletting fem måneder. Gjeldende telelov har ingen tilsvarende regulering.”³⁸

3.2 Vitneplikten - utleveringsplikten

Utleveringspålegg kan rettes mot ”den som har plikt til å vitne i saken”. Plikten til å vitne følger av straffeprosessloven §108. Loven har regler om fritakelse og forbud mot vitneplikten. Derimot har den ingen bestemmelser om betingelser for at plikten skal oppstå. I dette avsnittet vil det redegjøres for begrensninger av hvem som er pliktig til å vitne, når vitneplikten inntreffer og hva vitnet er forpliktet å opplyse om. Begrensningene for vitneplikten er overførbare til utleveringspålegg.

Ovenfor politiet har ingen plikt til å forklare seg, jf §230. Dette gjelder med unntak av offentlige tjenestemenn eller andre som handler for stat eller kommune, som er pliktige

³⁷ I følge Torhild Gran ved Oslo politidistrikt lagres informasjonen i mellom 6 til 12 måneder.

³⁸ Asle Fuhr, Juristkontakt 2/2003

til å forklare seg om forhold de er blitt kjent med i sin stilling eller sitt verv, dersom det kan skje uten å krenke bestemmelser om taushetsplikt, jf straffeprosessloven §230 første ledd annet punktum. Det er vitneplikten for retten bestemmelsen har for øye, jf §108.

Etter politiets praksis er utleveringspålegg sjelden rettet mot privatpersoner. Utleveringspålegg blir i praksis rettet mot en begrenset type selskaper og institusjoner. Redegjørelsen vil derfor særlig rette seg mot begrensningene i vitneplikten som er særlig relevante ved utleveringspålegg.

3.2.1 Når inntreffer vitneplikten?

§210 betinger at besitter er pliktig å vitne i "saken". Dette forutsetter to ting: Spørsmålene må knytte seg til et konkretisert straffbart forhold, og dette straffbare forholdet må være under etterforskning.

For at retten skal kunne ta stilling til om spørsmålet har betydning for saken, må det være tilstrekkelig konkretisert.

I Andenæs, bind I side 192 (212 i 3. utgave) heter det:

"For at det skal foreligge vitneplikt må det være igangsatt etterforskning om bestemte straffbare forhold. Ingen er forpliktet til å svare på spørsmål om man kjenner til forbrytelser i sin alminnelighet eller til forbrytelser av generell art."

Andenæs viser til to saker hvor vitnet ikke hadde plikt til å svare, fordi spørsmålene ikke gjaldt bestemte straffbare forhold. Rt 1908 side 681 gjaldt en sak om ulovlig salg av rusdrikk. Et vitne ble spurt om det "hadde kjennskap til om noen som her i byen i de siste 2 år hadde solgt øl, vin eller brennevin". I sak gjengitt i Rt 1898 side 687 ble et vitne spurt "kjenner vitnet til om kaptein N.N. noensinne har gjort seg skyldig i smugling eller forsøk derpå?" I begge disse sakene fant kjæremålsutvalget at vitnet ikke var forpliktet til å svare på spørsmål av så generell natur. I førstnevnte kjennelse uttales det at det vil stride mot hele vår prosessordning å pålegge vitnet en angiverrolle under straffetrussel.

I en rettssak vil tiltalen beskrive det straffbare forholdet og begrense det saklige område for spørsmål rettet mot vitnet. Under politiets arbeid med å kartlegge begivenheter forut for en eventuell rettslig behandling vil etterforskningen være bredt lagt opp. Det kan

foreligge en siktelse som konkretiserer det straffbare forholdet. Men det er ikke nødvendig for vitneplikten at noen er siktet eller mistenkt. Ved rettslig avhør under etterforskningen vil rammene for hvilke spørsmål vitnet må svare fremgå av stevningen, som skal angi saken.³⁹ Dersom det kommer frem opplysninger under avhøret, som gjør det naturlig å stille spørsmål om andre straffbare handlinger, har vitnet plikt til å svare dersom forholdet er under etterforskning. Vitnet kan som et eksempel ha gitt uttrykk for at den mistenkte kan ha vært involvert i en tilsvarende konkret forbrytelse tidligere. Er forholdet under etterforskning, bør han kunne pålegges å svare på spørsmål knyttet til dette konkrete forholdet, uten å måtte innkalles til nytt rettsmøte, jf § 111 som åpner for at vitner bringes til retten uten varsel.⁴⁰ Hvis forholdet ikke har vært kjent for politiet eller ikke er under etterforskning, foreligger ikke vitneplikt. Problemstillingen kom på spissen i Rt 1918 side 705. I dette tilfellet fikk vitnet spørsmålet: ”Kjenner vitnet til, om siktede i 1916 eller 1917 har solgt eller skjenket brennevin?”. Vitneplikt ble pålagt idet kjæremålsutvalget oppfattet siktelsen som et fortsatt forbrytelse som var tilstrekkelig konkretisert. Spørsmålene omhandlet altså det straffbare forhold som siktelsen gjaldt.

Ved utleveringspålegg stilles det ikke spørsmål til vitnet. Det er bevis som kreves utlevert. Dersom opplysningene som kreves utlevert antas å knytte seg til det konkrete straffbare forhold som er angitt i begjæringen og er under etterforskning, må besitteren utlevere gjenstandene. Dersom beviset gjelder andre straffbare forhold enn det som er beskrevet i begjæringen kan retten ikke pålegge utlevering. Dette gjelder uavhengig av om saken er under etterforskning.

Begrenses ikke av forhold i Norge, jf NOU 1997:15 side 58. Det innebærer at det kan kreves utleveringspålegg etter anmodning fra politiet i et annet land. Jeg går ikke inn på de nærmere betingelsene.

³⁹ jf § 110

⁴⁰ se Bjerke bind I side 457

3.2.2 Omfanget av vitneplikten - Spesifikasjonskravet

Dersom politiet begjærer utlevert ”samtlige dokumenter i vitnets besittelse som kan være av betydning for saken”, vil bevisene knytte seg til det straffbare forhold. Men besitter vil ikke ha forutsetninger for å vite hvilke dokumenter som er av interesse for saken. Plikten til å fremlegge bevis gjelder bare nærmere angitte dokumenter eller andre ting.⁴¹

Høyesteretts kjæremålsutvalg uttaler i Rt 1997 side 266:

”Det er visse begrensninger i fremleggelsesplikten, blant annet ut fra reglene om taushetsplikt og taushetsrett. Det er videre et vilkår for fremleggelse at kravet - og pålegget - er slik utformet at det er mulig for den som skal etterkomme det, å vite hva som han skal fremlegge. Kravet til spesifisering og konkretisering må ses i lys nettopp av det nevnte formål, og formålet vil danne en ramme for begrensningene i fremleggelsesplikten. Det kan f eks ikke kreves at et dokument skal angis med dokumentnummer, dato, avsender, mottaker etc dersom opplysningene ellers er slik at adressaten for kravet på pålegget med rimelighet kan finne frem dokumentet. Nettopp dette siste må være det generelle krav til spesifikasjon som kan oppstilles.”

Det utvalget kaller ”det generelle krav til spesifikasjon” vil her bli omtalt som spesifikasjonskravet. Kravet innebærer at pålegget om utlevering er konkretisert slik at besitteren med rimelighet kan finne frem til bevisene. Dette er av hensyn til besitteren, som ikke må pålegges en uforholdsmessig byrde ved fremleggelsesplikten. Til sammenligning kan nevnes at vitneplikten etter §109 er stedlig begrenset.

Spesifikasjonskravet må sies å være en begrensning av fremleggelsespliktens omfang, og er knyttet til vitneplikten, jf punkt 3.2.1 og 3.2.2. Det er viktig å skille mellom spesifikasjonskravet og kravet til konkretisering av begjæringen av andre grunner.

1) Det må for det første settes krav til konkretisering av hva som ønskes utlevert av politiet i begjæringen, for at retten skal kunne avgjøre om tingene kan antas å ha betydning som bevis.

⁴¹ Andenæs bind II side 196

2) For det andre er konkretisering nødvendig for avgjøre om pålegget knytter seg til bevis i den aktuelle saken som er under etterforskning, jf punkt 2.2.2 om når vitneplikten inntreffer.

3) Videre må materialet spesifiseres for at det skal kunne vurderes om inngrepet er forholdsmessig.

4) Det som kreves utlevert må konkretiseres i rettens beslutning, og pålegget som rettes mot besitteren, for at han skal kunne vite hva som skal fremlegges.

Det er fire grunner til at det stilles krav konkretisering av begjæringen.

Også rettens beslutning og pålegget påtalemyndigheten sender vitnet må oppfylle kravet til spesifisering.

Jeg vil kort redegjøre for spesifikasjonskravet, med utgangspunkt i kjæremålsutvalgets kjennelse, jf Rt 1997 side 266.

Kjennelsen gjaldt en privat straffesak der saksøker ikke hadde lagt frem dokumentene saksøkte hadde krevd utlevert ved rettslig beslutning. Utleveringspålegg gjelder tilsvarende for slike saker, jf §411 jf 210.

For det første er det tilstrekkelig for fremleggelsesplikt å identifisere beviset ved at innholdet eller deler av innholdet beskrives. I et slikt tilfelle uttaler kjæremålsutvalget at det er tilstrekkelig at besitter utleverer et dokument med det etterspurte innholdet. Dette må likevel bare gjelde der det ikke er pålagt at alle dokumenter med et visst innhold skal fremlegges.

For det andre må kravet om spesifisering ses i lys av muligheten påtalemyndigheten har til å identifisere dokumentene. Kravstilleren må medvirke til utleveringen ved å identifisere bevisene så godt som mulig. Dersom dette ikke er gjort fullt ut, forhindrer det ikke plikt til fremleggelse, dersom besitter er i stand til å finne dokumentene.

Som et tredje punkt påpeker utvalget at selv om de etterspurte opplysningene kan finnes i mange dokumenter foreligger likevel utleveringsplikt. Besitterens plikt til fremleggelse begrenses ikke av at opplysningene fremgår av dokumenter som kan finnes hos andre vitner, eller at politiet allerede har hånd om slike. Dette punktet er en del av vitnepliktens omfang, overført til situasjonen for utleveringspålegg.

Dersom opplysningene som dokumentene skal inneholde, gjelder konkrete forhold, er nærmere spesifisering ikke nødvendig.

Den byrde som besitteren pålegges ved å finne frem til bevisene, reduseres ved at han har krav på kompensasjon etter §448. Kompensasjon for utlevering av samtaleinformasjon fra teleselskapene er gjenstand for en avtale mellom Justisdepartementet og selskapene.

Forholdsmessighetsprinsippet i §170a krever at det foretas en konkret avveining mellom personvern hensyn og kriminalitetsbekjempelse. Hvor viktig det er å få fremlagt de aktuelle bevisene må vurderes i forhold til omfanget av inngrepet. Bevis som politiet ønsker utlevert fra finansinstitusjoner er meget omfangsrikt. Å kreve fremlagt all dokumentasjon om en person, hans firma og hans nærmeste, som en bank besitter, vil i de fleste tilfelle være uforholdsmessig, selv om det antas å ha betydning som bevis. Politiet må i et slikt tilfelle nøye seg med å etterspørre en begrenset mengde informasjon. Dersom denne informasjonen styrker mistanken, kan ytterligere informasjon kreves utlevert (Dyrnes 2004).

3.2.3 Begrensninger i vitneplikten

Utgangspunktet er at alle har plikt til å vitne for retten, jf §108. Unntakene for plikten etter §108 er begrenset til §§117-125, slik at taushetsplikt etter annen lovgivning ikke begrenser adgangen til utleveringspålegg.⁴² Det samme gjelder for beslag.⁴³

Personer som er unntatt fra vitneplikt, og dermed utleveringsplikt, kan deles to ; de underlagt taushetsplikt og vitner med taushetsrett.

⁴² jf sparebankloven av 24. mai 1961 nr.1 §21, forretningsbankloven av 24. mai 1961 nr. 2 §18 første ledd første punktum, finansieringsvirksomhetsloven §3-14, verdipapirloven §9-8 jf Bjerke/Keiserud Kommentarer til straffeprosessloven, 3. utg. 2001, side 725, se også Ot. prp. 59 (2003-2004).

⁴³ Forbudet mot beslag i §204 gjelder eksplisitt personer underlagt taushetsplikt etter §§117-121 og 124-125. Påtalemyndighetens rett til å ta beslag etter straffeprosessloven går foran taushetsplikt pålagt ved annen lovgivning, med mindre annet fremkommer av regelen. Dette er sagt i proposisjonen til loven, jf Ot. prp. nr. 35 (1978-79) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven). Taushetsplikt etter banklovgivningen er for eksempel ikke til hinder for beslag.

3.2.3.1 Opplysninger underlagt taushetsplikt §§117 til 120.

Informasjon som er underlagt taushetsplikt, medfører en plikt for den som sitter på opplysningene til ikke å bringe dem videre. Den innebærer også forbud mot at domstolen tar imot taushetsbelagt informasjon.

En person er ikke pliktig til å vitne om eller utlevere opplysninger som skal holdes hemmelig av rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat, jf §117. På den annen side bør det være adgang til å bruke utleveringspålegg for å få tak i hemmeligstemplede dokumenter som har kommet på avveie.

Personer i ulike yrker underlagt yrkesmessig taushetsplikt etter §119, vil ha forbud mot å vitne om opplysninger de har mottatt under utøvelsen av sitt yrke. Hensynet bak regelen er at enhver skal kunne betro seg til sin prest, lege, advokat, forsvarer i straffesak, psykolog osv uten frykt for at opplysningene blir brukt mot en. Dette er en så beskyttelsesverdig interesse at den går foran plikten til å vitne. Personer i slike yrker kan ikke pålegges å utlevere dokumenter som inneholder informasjon de er fritatt for å vitne om, med mindre den som har gitt betroelsen har løst ham fra taushetsplikten. Ett unntak fra regelen er gitt i helsepersonelloven av 2. juni 1999 §47 (tidligere legeloven §44) når det gjelder rettssak eller forvaltningssak om helsepersonells yrkesutøvelse.

Taushetsplikten har ikke som formål å verne yrkesutøveren som mottar informasjonen, slik at det for eksempel i en straffesak mot en lege kan tas beslag i legejournaler og dokumenter som ellers er underlagt taushetsplikt. Dette var tilfellet i Rt. 1992 side 362 som gjaldt et grovt bedrageri begått av en lege. Her gikk legeloven §44 foran det generelle beslagforbudet i §204. I et slikt tilfelle vil et utleveringspålegg rettet mot den mistenkte legen være utelukket, som følge av §210 jf §123 og EMK art 6.

Jeg går ikke inn på drøftelsen av om utleveringspålegget kan rettes mot sykehus, legekontor eller advokatkontor der yrkesutøveren etterforskes.

Beslag er utelukket når dokumentene med informasjon underlagt taushetsplikt etter §204 jf §119 befinner seg hos den som har rettslig interesse i hemmelighold.

Utleveringspålegg vil i et slikt tilfelle uansett være utelukket, jf §123. For beslag er det

videre et unntak i §204 annet ledd når dokumentet inneholder betroelser mellom personer som er mistenkt for å være medskyldige⁴⁴.

Et svært praktisk område for utleveringspålegg er opplysninger underlagt lovbestemt offentlig taushetsplikt, jf §118, ved at bestemmelsen også gjelder tilbyder av tilgang til elektronisk kommunikasjonsnett –og tjeneste, jf §118 første ledd andre punktum. Utlevering av slik informasjon er som nevnt et praktisk bevis for påtalemyndigheten.

Det er i utgangspunktet et forbud, både for en offentlig ansatt å røpe opplysninger underlagt offentlig taushetsplikt, og for retten å motta slike opplysninger.

Taushetsplikten kan dispenseres i enkelte tilfeller av departementet, jf §118 annet ledd. Retten er ikke bundet av at departementets samtykke, og kan nekte vitneforklaring eller utlevering dersom de etter en avveining av taushetsplikten i forhold til hensynet til sakens opplysning finner at utlevering ikke bør skje. Påtalemyndigheten kan benytte sin hastekompetanse dersom det foreligger samtykke enten fra departementet eller retten, jf §210 annet ledd.

Samtaleinformasjonen er underlagt taushetsplikt etter Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) §2-9.

Bestemmelsene i tredje ledd innskrenker og opphever taushetsplikten i visse tilfeller. Påtalemyndigheten (eller politiet) kan få informasjon om navn, adresse og telefonnummer tilknyttet en elektronisk kommunikasjonsadresse. Bestemmelsen må sees på bakgrunn av Høyesteretts dom i Rt. 1999 side1944 der det ble avgjort at opplysninger om hvilket telefonnummer et e-postabonnement er opprettet fra også omfattes av unntaket fra taushetsplikten. Videre omfatter begrepet opplysninger om navn, adresse og telefonnummer tilhørende innehaver av en dynamisk IP-adresse, forutsatt at politiet har informasjon om oppkoblingstidspunktet. Også annen informasjon som bare gir opplysninger om bruker av et abonnement eller en telefon

⁴⁴ Jf jf innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra straffeprosesskomiteen 1969 side 269 første spalte

omfattes av tredje ledd, da dette er opplysninger som kan sammenlignes med opplysninger om hemmelig telefonnummer.⁴⁵

Det er verdt å merke at Unntaket i taushetsplikten for opplysning til påtalemyndigheten og politiet som angitt i tredje ledd er ikke begrenset til å gjelde i forbindelse med etterforskning av en straffesak, jf. Ot.prp. 31 (1997-98).

Taushetsplikten knytter seg således mot kommunikasjonen mellom adressene, mens informasjon om sender og adressat kan kreves utlevert av påtalemyndigheten (og andre instanser med rett til opplysninger, se eksempelvis tolloven av 10. juni 1966 nr. 5 §16b, lov om merverdiavgift av 19. juni 1969 nr. 66 §48 a og lov om tvangsfullbyrdelse av 26. juni 1992 nr. 86 §7-12).

Når det gjelder ekomloven har Samferdselsdepartementet delegert myndigheten til å gi fritak for taushetsplikten til Post og teletilsynet jf. departementets vedtak 5. september 1995, 14. desember 1995 og 5. mars 1996. Forespørsel om utleveringspålegg sendes til Post og teletilsynet. Dersom samtykke ikke gis, sender påtalemyndigheten henvendelsen videre til tingretten som kan overprøve tilsynets vurdering. Det har skjedd at domstolene har pålagt utlevering uten at Post og teletilsynet har vurdert saken. Etter lovens ordlyd er det ikke en slik adgang. Dette er også tilsynets eget syn, jf juristkontakt nr. 2 2003.

3.2.3.2 Opplysninger underlagt taushetsrett

Opplysninger underlagt taushetsrett, kan vitnet selv avgjøre om han vil opplyse om.

Forretnings- og driftshemmeligheter, jf §124, og journalisters kildevern, jf §125.

Et vitne har ikke plikt til å gi opplysninger om forretnings- og driftshemmeligheter, jf §124, eller som er underlagt journalisters kildevern, jf §125.

Vitnefritaket etter §124 gjelder hemmeligheter med hensyn til forretningen, for eksempel om kundeforhold, og med hensyn til driften, for eksempel produksjonsmetode. Det antas at bestemmelsen bare tar sikte på hemmelighold av opplysninger som er av konkurransemessig betydning, jf Rt 1994 side 964 ,jf Bjerke side 502. Taushetsplikt etter de ulike banklovene, se note 42, er begrunnet i vernet av

⁴⁵ Ot. prp. nr. 58 (2002-2003) Om lov om elektronisk kommunikasjon kap 16 merknader til §2-9

kundenes interesser. Kundeopplysninger kan derfor utleveres uten en vurdering etter §124 annet ledd.⁴⁶

Journalisters kildevern etter §125, gjelder redaksjonelt stoff, og ikke vern av for eksempel annonsører, jf Rt 1976 side 1217.⁴⁷

Retten kan pålegge vitne å forklare seg eller å utlevere bevis etter en avveining av de stridende interesser, jf §§124 annet ledd og 125 tredje ledd. Ved beslag vil politiet i et slikt tilfelle legge frem saken for retten etter §205 annet ledd jf tredje ledd. Begjæring om utleveringspålegg vil kunne fremlegges på vanlig måte, og retten vil ta stilling til om vitneplikten må vike for sakens opplysning. Påtalemyndigheten kan ikke beslutte utlevering etter §210 annet ledd.

§§124 og 125 gir en *rett* til å nekte å gi forklaring eller å utsettes for beslag. Men i motsetning til §§117 til 119, er det i utgangspunktet ikke et forbud. En daglig leder for en bedrift eller en avisredaktør kan samtykke til å gi opplysninger om driften eller kildene sine. En ansatt i et selskap kan etter eget forgodtbefinnende røpe bedriftshemmeligheter hos sin arbeidsgiver eller samarbeidspartner, uten at retten kan ikke nekte å ta imot slik informasjon.

Personer som har fått opplysninger ved sjelesorg, sosialt hjelpearbeid etc, jf §121 har i utgangspunktet verken rett eller plikt til å holde tilbake opplysninger. De kan dog fritas for vitneplikt og utleveringsplikt, jf §121. Er det ikke gitt slikt fritak kan det foretas beslag, jf §205 tredje ledd (prp. 175-176) eller kreves utlevert opplysninger mottatt eksempelvis under sjelesorg eller sosialt hjelpearbeid.

Nære pårørende, jf §§122 og 123

Et vitne kan nekte å bidra til at nærstående, jf §122 første og annet ledd, blir etterforsket eller straffet.

⁴⁶ Se Bjerke side 502

⁴⁷ Se Bjerke side 125 flg

Å pålegge et vitne for et valg mellom å angi ens nærmeste, lyve eller nekte å gi forklaring under straffetrussel, innebærer en utilbørlig samvittighetskonflikt. Vitnet har derfor rett til å nekte å vitne eller utlevere bevis som kan ha slike konsekvenser.

§123 gjelder bare fritak for å svare på spørsmål, som vil innebære at vitnet blir pålagt å gi opplysninger som kan medføre at pårørende som nevnt i §122, kan utsettes for straff eller tap av borgerlig aktelse. Bestemmelsen gir ikke et generelt fritak fra å vitne, slik tilfellet er for pårørende av siktede i saken.

Forlovede, fosterforeldre, fosterbarn og fostersøsken av siktede i saken er pliktige til å vitne og kan pålegges utlevering av bevis. Etter §122 tredje ledd kan retten fritta også disse fra vitne og utleveringsplikten.

Politiet kan kreve utlevering i hastesaker, og retten vil først kunne fritta for utlevering ved den etterfølgende kontrollen av påtalemyndighetens beslutning.

Det er ikke praktisk å kreve utlevert bevis fra mistenktes nærmeste. En fullstendig redegjørelse for §§122 og 123 er ikke sentralt for §210.

6) Selvinkrimineringsprinsippet, straffeprosessloven §123, EMK art. 6 og ØSK art. 14 bokstav g), jf mrl §3, verner enhver under etterforskning eller straffesaken å vitne eller utlevere bevis som kan føre til at han blir etterforsket eller straffet. En siktet er likevel ikke fritatt for å vitne mot en medsiktet. Problemstillingen om hvor grensen for hva siktede er pliktig til å forklare seg om uten å inkriminere seg selv, er interessant, men faller på siden av denne oppgaven. Det er ikke praktisk å rette et utleveringspålegg mot en person som vil ha interesse i å unndra eller destruere bevis.

Politiets adgang til å kreve utlevert opplysninger fra offentlige institusjoner, kan være et smutthull for å få tilgang til opplysninger de ikke kan kreve utlevert fra vitnet eller siktede i saken. I tilfeller hvor den som sitter på informasjonen ikke har vitneplikt, kan de ha forklaringsplikt etter loven i forhold til ligningsmyndighetene. Politiet kan så begjære utlevering av dette materialet. Om en slik adgang foreligger, og grensene for denne, vil ikke bli drøftet. I flere tilfeller har kontrollorganet utleveringsplikt til politiet uten rettslig avgjørelse, se ligningsloven §313 andre ledd bokstav f.

4 Skjellig grunn til mistanke - et vilkår?

Det må foreligge skjellig grunn til mistanke om en straffbar handling for å foreta inngripende tvangsmidler som pågrepelse, fengsling og ransaking. Dette følger direkte av straffeprosesslovens ordlyd, jf. §§ 171, 184 annet ledd, og 192. Beslag og utleveringspålegg er et mindre inngripende etterforskningskritt, der lovens ordlyd ikke stiller krav til overvekt av sannsynlighet for at en straffbar handling har skjedd.

I NOU 1997:15 drøftet metodeutvalget om det var krav til skjellig grunn til mistanke for beslag etter §203 flg, og konkluderte med at det ikke eksisterte en slik betingelse. Til tross for at Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rettstidende 1998 side 1839 la til grunn at det er krav til skjellig grunn til mistanke for at beslag kan tas, så er ikke rettstilstanden endelig avklart for beslag, se punkt 3.1.2..

Når det gjelder utleveringspålegg etter §210 har det ikke vært en tilsvarende diskusjon i forarbeider eller juridisk litteratur. Men også i forhold til denne bestemmelsen har domstolene i konkrete saker lagt til grunn en betingelse om skjellig grunn til mistanke. I det følgende vil jeg diskutere hvorvidt det er en betingelse for beslag og utleveringspålegg at det foreligger skjellig grunn til mistanke. Først vil jeg redegjøre for innholdet i skjellig grunn til mistanke.

4.1 Nærmere om innholdet av kravet "skjellig grunn" til mistanke?

Med skjellig grunn menes god eller rimelig grunn. Holdepunktene for mistanken må være objektive. Innholdet i dette uttrykket er fastlagt gjennom rettspraksis, og innebærer overvekt av sannsynlighet, jf Rt. 1993 side 1302. Det må altså være mer sannsynlig at det har skjedd et straffbart forhold enn at det ikke har det.

Pågrepelse og fengsling vil alltid rette seg mot mistenkte i saken. Ransaking vil også stort sett være direkte rettet mot mistenkte, ved at hans hjem, arbeidssted, fritidsbolig, bil osv blir gjennom søkt. I disse tilfellene forutsetter tvangsmidlene at det er skjellig grunn til å mistenke at den mistenkte har begått en straffbar handling. Ved ransaking hos tredjemann, er det ikke krav til at mistanken retter seg mot denne personen. Det er heller ikke en betingelse at det er rettet en konkret mistanke rettet mot noen annen, jf §192 annet ledd. Det er nok at det foreligger skjellig grunn til mistanke om det foreligger et straffbart forhold. Skjellig grunn til mistanke innebærer altså ikke at det er

noen som konkret er mistenkt eller siktet i saken, det er nok at det er overvekt av sannsynlighet for at en straffbar handling har funnet sted, jf Rt. 1998 side 1839.

4.2 Skjellig grunn til mistanke. En betingelse for *beslag*?

Likheten mellom utleveringspålegg og beslag oppfordrer til en sammenligning med kravet til mistanke i bestemmelsen om beslag. Beslag foretas hovedsakelig i sammenheng med pågrepelse og ransaking, jf §§ 171 flg og 192 flg. Skjellig grunn til mistanke er en betingelse for disse tvangsmidlene. Det er omstridt hvorvidt bevis som er utlevert frivillig er et beslag som krever skjellig grunn til mistanke.

Metodeutvalget kom til at det ikke er en betingelse for beslag at det foreligger skjellig grunn til mistanke etter en grundig drøftelse av bestemmelsens vilkår i NOU 1997:15 (side 62-63). Denne vurderingen ble ikke kommentert av departementet i Odelstingsproposisjonen eller av Stortinget i de videre arbeidene med lovendringer i straffeprosessloven. Det kan tyde på at konklusjonen ikke ble bestridt. På den annen side var Metodeutvalgets konklusjon i strid med gjeldende oppfatning i juridisk litteratur og rettspraksis.⁴⁸ Kort tid etter kom Høyesterett kjæremålsutvalg til motsatt konklusjon i Rt. 1998 side 1839. Departementet hadde derfor en oppfordring til å ta standpunkt til innholdet av bestemmelsen i odelstingsproposisjonen. Etter endringene i straffeprosessloven har høyesterett latt være og ta direkte stilling til spørsmålet. I kjennelsen gjengitt i Rettstidende 2000 side 577 uttalte høyesterett: ”Det er riktignok antatt at det er et vilkår for beslag at det foreligger skjellig grunn til mistanke om en straffbar handling, se Andenæs: Norsk Straffeprosess II side 182 og Bjerke og Keiserud: Straffeprosessloven side 540. Etter kjæremålsutvalgets syn bør imidlertid ikke dette forstås som et krav om at straffansvar kan gjøres gjeldende i Norge”.

Kjæremålsutvalget foretok her ingen selvstendig drøftelse av problemstillingen, og det kan virke som om de heller ikke ønsket å ta konkret stilling til om det er et slikt krav i bestemmelsen. Vekten av kjennelsen som et argument for et krav om skjellig grunn svekkes betydelig ved at retten viser til hva som er antatt i litteraturen, fremfor selv å ta stilling til regelens innhold. Kjennelsen nevner ikke metodeutvalgets innsigelser mot vilkåret. Retten trengte ikke ta stilling til spørsmålet ved avgjørelsen av saken, slik at problemstillingen nevnes i et obiter dictum og ikke i en del dens domsgrunner.

⁴⁸ Andenæs II 1997 side 182 og Bjerke side 540

Borgarting lagmannsrett har i flere saker lagt til grunn at det er et vilkår om skjellig grunn til mistanke ved beslag.⁴⁹ I den førstnevnte kjennelsen har retten vist til Rt 1998 side 1839. Til tross for at Høyesterett ikke eksplisitt har tatt stilling til problemstillingen etter endringene i straffeprosessloven i 1999, taler rettspraksis for at det er et slikt krav i §203.

Metodeutvalgets syn har ikke fått støtte gjennom kodifisering, rettspraksis eller i teorien.

Det er en betingelse for *beslag* at det foreligger skjellig grunn til mistanke.

4.3 Lovens ordlyd

Det følger av straffeprosessloven §224 første ledd at: "Etterforskning foretas når det som følge av anmeldelse eller andre omstendigheter er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige". For å iverksette etterforskning er det ikke et generelt krav til skjellig grunn til mistanke.

Ordlyden i §210 inneholder ikke krav om skjellig grunn til mistanke. Bestemmelsens ordlyd sett i kontekst med de mer inngripende tvangsmidlene, som krever skjellig grunn til mistanke, tilsier at det ikke er et slikt krav om skjellig grunn til mistanke for utleveringspålegg.

De to hovedvilkårene for anvendelse av utleveringspålegg innebærer krav til en viss grad av sannsynlighet for at det foreligger et straffbart forhold. Ordlyden i bestemmelsen gir ikke veiledning om kravet til sannsynlighet er større enn ved iverksettelse av etterforskning.

Det antas at beslag forutsetter skjellig grunn til mistanke. Ordlyden i §§203 og 210 stiller de samme betingelsene for bruken av tvangsmidlene. Det kan ikke av den grunn slutes at et krav om skjellig grunn må innfortolkes i §210. Bestemmelsene vil tolkes i lys av hverandre. Dersom inngrepet er av samme art og styrke, og de samme hensyn gjør seg gjeldende, er det grunn til å legge til grunn et krav til sannsynlighetsovervekt for at det har skjedd et straffbart forhold.

⁴⁹ kjennelse av 30 august 2001, RG 2001 side 64 og RG 2002 side 395

Ordlyden i §210, lest i sammenheng med straffeprosesslovens regler om tvangsmidler, inneholder ikke et krav om skjellig grunn til mistanke.

4.4 Forarbeider

Forarbeidene til loven av 1981

Innstillingen om rettergangsmåten i straffesaker avgitt i juni 1969 uttaler ingenting om kravet til skjellig grunn mistanke. Bestemmelsen bygget på den tidligere straffeprosessloven §216, og komiteen ville ikke endre innholdet av denne bestemmelsen. Ot. prp. nr 35 (1978-79), Forhandlingene i Odelstinget for 1980-81 side 460-461 og forhandlingene i Lagtinget for 1980-81 side 75, nevner ikke endringer i betingelsene for bruken av utleveringspålegg. Det vil si at forarbeider, rettspraksis, påtalemyndighetens praksis og litteratur fra før den nye straffeprosessloven fortsatt vil ha relevans og vekt.

Metodeutvalget i NOU 1997:15 gir uttrykk for at det er tilsvarende materielle vilkår for utleveringspålegg, som for beslag, med det unntak at utlevering bygger på vitneplikten⁵⁰. Utvalget konkluderte med at det ikke er en betingelse for beslag at det foreligger skjellig grunn til mistanke.⁵¹ Utvalget nevner ikke skjellig grunn som en betingelse for utlevering. Det avgjørende for adgangen til å pålegge utlevering er tidspunktet for når vitneplikten inntreffer. Utvalget viser til Andenæs (2001, side 192) som skriver at det må være satt i gang etterforskning om bestemte straffbare forhold før det foreligger vitneplikt. Utvalget forutsetter ikke skjellig grunn til mistanke for anvendelse av §210.

Under drøftelsen av fremtidig løpende utleveringsplikt, skriver departementet, Ot. prp. nr. 64 (1997 – 1998), at det bør gis en egen bestemmelse §210b om en slikt pålegg. Det bør stilles strengere betingelser for en slik plikt, ettersom dette er mer inngripende enn vanlig utleveringspålegg. Departementet mener at det blant annet bør kreves skjellig grunn til mistanke om et straffbart forhold som kan medføre fengsel i mer enn fem år, og at dette er en innsnevring av adgangen til utlevering fremover i tid. Dette er en innsnevring i og med at det settes et krav til alvorligheten av forbrytelsen som

⁵⁰ Side 64 annen spalte tredje avsnitt

⁵¹ side 60 til 62

etterforskes. Det er uklart om departementet også her har ment at det er en innsnevring ved at det kreves skjellig grunn til mistanke før det er adgang til å pålegge utlevering⁵².

Forarbeidene til straffeprosessloven §210 gir ikke holdepunkter for at skjellig grunn til mistanke er en betingelse for utleveringspålegg.

4.5 Rettspraksis

I Rt 1997 side 1527 uttaler kjæremålsutvalget ”Det er nok riktig som forsvareren anfører, at det må foreligge skjellig grunn til mistanke om en straffbar handling før beslag og utleveringspålegg kan besluttes.”

I denne saken var det sannsynlighetsovervekt for at det forelå en forbrytelse, slik at spørsmålet ikke kom på spissen. Måten retten uttaler seg viser også at problemstillingen ikke er gjort til en drøftelse. Et slikt utsagn uten betydning for beslutningens innhold og uten å være gjenstand for en grundig rettslig vurdering, har generelt liten vekt ved en tolkning av en rettsregel. Dersom det ikke foreligger andre avgjørelser fra domstolene om problemstillingen, og regelens innhold ellers fremstår som uklar, vil den kunne ha konkret vekt.

Forhørsrettens pålegg til Halden Arbeiderblad om å oppgi navnet på annonsør ble opphevet av lagmannsretten i Eidsivating lagmannsretts kjennelse av 21 februar 1990 i kjæremålssak 126/1990, primært på det grunnlag at annonsøren ikke med skjellig grunn kunne mistenkes for det aktuelle lovbrudd (det er vist til denne saken i Borgarting lagmannsrett kjennelse av 1996-07-04, publisert i LB-1996-01656). Skjellig grunn til mistanke er ellers ikke nevnt som vilkår for utleveringspålegg i de avgjørelsene som er offentlig tilgjengelig fra domstolene⁵³.

Skjellig grunn til mistanke er nevnt i flertallet av beslutningene om §210 fra Oslo Tingrett⁵⁴. Det er dog ikke uttrykkelig nevnt at skjellig grunn til mistanke er en betingelse for utleveringspålegg. Det forutsettes av betingelsene for fremleggelsesplikt,

⁵² Side 104 andre spalte sjette avsnitt.

⁵³ Søk i lovdata på avgjørelser fra alle rettslige instanser 25.03.04

⁵⁴ 16 beslutninger fra Oslo Tingrett om utleveringspålegg, i perioden 19.01.04 til 04.03.04

at det er en viss sannsynlighet for at det foreligger et straffbart forhold. Ved at det konstateres at det foreligger skjellig grunn til mistanke, vil dette minstekravet til sannsynlighet være oppfylt. At retten legger til grunn at skjellig grunn til mistanke foreligger, trenger derfor ikke være uttrykk for at retten ser dette som en betingelse for bruk av tvangsmiddelet.

I avgjørelsene som ikke har nevnt skjellig grunn til mistanke, har det vært på det rene at det har skjedd en handling som oppfyller den objektive gjerningsbeskrivelsen i et straffebud. Unnlatelsen av å nevne kravet trenger derfor ikke å være uttrykk for oppfatningen at skjellig grunn til mistanke ikke er en betingelse for utleveringspålegg. Av disse grunner gir ikke rettspraksis få holdepunkter for at skjellig grunn til mistanke er en betingelse for utleveringspålegg.

4.6 Påtalemyndighetens praksis

§210 er et verktøy for politi og påtalemyndighet under etterforskningen. Begjæringene om utleveringspålegg blir nesten utelukkende innvilget av domstolene. I beslutningene fra Oslo Tingrett er betingelsene beskrevet i påtegningen fra påtalemyndigheten gjentatt og vurdert. Dersom ikke en betingelse er nevnt blir det ikke kommentert av retten. Påtalemyndighetens bruk av §210 har stor betydning for rettens beslutninger om utleveringspålegg. I Dyrnes' "Inndragning" er det gitt eksempler på begjæringer og beslutninger om beslag og utleveringspålegg⁵⁵. Eksemplene er laget på bakgrunn av Dyrnes erfaring fra Økokrim og er dermed utslag av påtalemyndighetens praksis⁵⁶. I eksemplene som omhandler *beslag*, er det tilsynelatende lagt til grunn et krav om skjellig grunn til mistanke om et straffbart forhold (side 268-269). Dette tyder på at påtalemyndigheten anser dette som et vilkår for beslag. Motsetningsvis anføres det ikke skjellig grunn til mistanke i Oslo politidistrikt sine maler for *beslag*, (dokument 21 og 22 i politiets basisløsninger).

Når det gjelder utleveringspålegg, er skjellig grunn til mistanke nevnt i eksemplene på side 274, 277 og 279 i Dyrnes' Inndragning. Derimot nevnes ikke skjellig grunn til

⁵⁵ Anne Mette Dyrnes, Inndragning 2003

⁵⁶ Anne Mette Dyrnes var førstestatsadvokat ved Økokrim fra 1997.

mistanke som en betingelse i eksemplene på side 278 og 284. I sistnevnte eksempel er utleveringspålegget ønsket for å få bekreftet eller avkreftet mistanken mot X. Det er ikke argumentert for at denne mistanken svarer til ”skjellig grunn”. Etter disse eksemplene å dømme, er ikke skjellig grunn til mistanke en betingelse for utleveringspålegg. I møte med Erik Moestue i Økokrim, avdeling for datakriminalitet, bekreftes dette synet. Det er ikke en generell oppfatning hos Økokrim at skjellig grunn til mistanke er en betingelse for utleveringspålegg.

Oslo politidistrikt har i sin mal for utleveringspålegg rettet mot banker lagt til grunn at det foreligger et krav til skjellig grunn til mistanke ved utleveringspålegg etter §210 første ledd (se vedlegg 01). I dette dokumentet er det satt av en rubrikk: ”Vedrørende skjellig grunn til mistanke vises til”. Den samme vurderingen gjøres i en anonymisert begjæring om utlevering av samtaleinformasjon fra teleselskaper, jf vedlegg 02. I malene som gjelder beslutninger etter §210 annet ledd, nevnes ikke skjellig grunn (se vedlegg 03 og 04). I disse malene fremgår ikke noen av betingelsene for utleveringspålegg.

Påtalemyndighetens praksis er ikke entydig. Variasjonen og den uklare holdningen til kravet til mistanke, viser at det er et behov for å få en avklaring om betingelsene for utleveringspålegg.

4.7 Hensyn

Hensynet med kravet til sannsynlighetsovervekt for at det foreligger et straffbart forhold, er å ivareta personvernens hensyn ved å heve terskelen for når tvangsmidler kan benyttes. Handlingene som er beskrevet i straffeprosesslovens fjerde del om tvangsmidler er ulovlige for andre enn politi og påtalemyndighet med hjemmel i loven. Inngripende etterforskningsmidler som ransaking og fengsling bør begrenses til de situasjoner hvor det foreligger sannsynlighetsovervekt for at det foreligger en straffbar handling. Formålet tilsier at inngripende tvangsmidler først kan benyttes når etterforskningen har avdekket at sannsynlighetsovervekt for at det har skjedd en forbrytelse. For utleveringspålegg, som er et mindre inngripende middel, tilsier at personvernens hensyn at det ikke er nødvendig med en like sterk mistanke.

Forholdsmessighetsprinsippet, lovfestet i straffeprosessloven §170a, er et skjønnspreget og generelt prinsipp som gjelder ethvert tvangsmiddel. Bruk av tvangsmidler i

etterforskningen vil kreve en avveining mellom hensynet til en effektiv bekjempelse av kriminalitet og personvern. Ved oppklaring av alvorlige forbrytelser vil individets rettigheter til en viss grad vike for samfunnets interesser, ved at impliserte i saken må tåle inngrep i sin private sfære. For pågrepelse, fengsling og ransaking vil prinsippet om forholdsmessighet virke ved siden av vilkåret om skjellig grunn til mistanke. For utleveringspålegg vil forholdsmessighetsprinsippet kunne være et tilfredsstillende vern av individets rettigheter uten at det kreves skjellig grunn til mistanke.

Forholdsmessighetsprinsippet vil i så måte heve for bruken av bestemmelsen ved omfattende utleveringspålegg og ved mindre alvorlige forbrytelser. Ved etterforskning av et simpelt tyveri eller underslag, vil det være uforholdsmessig å kreve utlevering av omfattende kundeopplysninger om pengetransaksjoner fra bankforbindelsene til mistenkte og hans nærmeste over en lang tidsperiode, dersom det ikke er overvekt av sannsynlighet for at det har skjedd et straffbart forhold. På den annen side vil det samme inngrepet være legitimt under drapsetterforskning uten at det der er skjellig grunn til mistanke. Under forutsetningen at beslag krever skjellig grunn, vil alle tvangsmidlene ha dette generelle grunnkravet. For ikke å komplisere anvendelsen av utleveringspålegg, ville det være praktisk å legge til grunn denne betingelsen ved dette tvangsmiddelet også. Kravet om skjellig grunn er ikke et høyt inngangskrav for bestemmelsen. Det er som sagt nok at det foreligger skjellig grunn til at det har skjedd et straffbart forhold. I de fleste saker som blir etterforsket av politiet vil det være en beviselig straffbar handling. Dette vil særlig gjelde saker der det er en eller flere fornærmede. I slike saker vil det foreligge en anmeldelse der fornærmede dokumenter skaden, eller der det straffbare forholdet ligger opp i dagen. I andre saker derimot er det ingen fornærmet som er klart skadelidende. Det er typisk ved narkotikaforbrytelser og visse økonomiske forbrytelser. Som et eksempel på den sistnevnte type forbrytelse er innsidehandel (verdipapirhandelloven §2-1) som rammes av verdipapirhandelloven §14-3 . I slike tilfeller utnyttes konfidensiell kunnskap om børsmarkedet, og de skadelidende som er andre aktører i aksjemarkedet vil ikke vite om den straffbare handlingen. Nettopp i denne type tilfelle vil det være aktuelt å starte etterforskning uten at det foreligger mer en rimelig grunn til mistanke om et straffbart forhold. I denne typen forbrytelser er bevissituasjonen vanskelig. Den mest praktiske måten å innhente opplysninger som kan bekrefte eller avkrefte mistanken er å pålegge utlevering av opplysninger om mistenktes verdipapirkonto og opptak av samtaler med meglerforetaket som har bistått med

transaksjonene. Slike samtaler er meglerforetaket forpliktet til å ta lydopptak av etter verdipapirhandelloven §9-7. I et slikt tilfelle vil ikke skjellig grunn være tilstede. På den annen side vil forholdsmessighetsprinsippet som en skranke for bruken av tvangsmiddelet tillate utleveringspålegg i en slik situasjon. Den vanskelige bevissituasjonen, det samfunnsmessige behovet for å oppklare slike typer kriminalitet, tillater et begrenset inngrep i personvernet.

4.8 Litteratur

Verken Andenæs, Bjerke/Keiserud eller Dyrnes diskuterer om det er krav til skjellig grunn til mistanke ved utleveringspålegg. Det kan virke tilfeldig at denne diskusjonen ikke er tatt opp ettersom de alle antyder at det er et slikt krav til beslag. Andenæs hevder at det ut fra sammenhengen mellom regelene om ransaking og beslag, må stilles et tilsvarende krav ved beslag. I så måte er det stor nærhet mellom beslag og utleveringspålegg. Bevis som er utlevert, som følge av et pålegg, er beslaglagt. Utleveringspålegg er i så måte et beslag. På den annen side beslattes utleveringspålegg av retten, slik at det skjer en kontroll av bruken i lys av prinsippet om forholdsmessighet.

4.9 Konklusjon

En diskusjon om hvorvidt skjellig grunn til mistanke er en betingelse for utleveringspålegg, er en rettskildemessig drøftelse der lovgivers vilje uttrykt gjennom lovens ordlyd, vil være den mest tungtveiende enkeltstående argumentskilde. Lovteksten i §210 gir ikke uttrykk for at det stilles en slik betingelse. Å tolke §210 slik at bestemmelsen forutsetter skjellig grunn til mistanke, vil være en innskrenkende tolkning av lovens ordlyd og en begrensning av regelens anvendelsesområde. Forarbeidene gir ikke signaler om en slik fortolkning av regelen. Det finnes ikke rettspraksis fra Høyesteretts kjæremålsutvalg som uttrykkelig diskuterer om skjellig grunn til mistanke er en betingelse for utleveringspålegg. Den praksis som eksisterer er ikke klar, grundig eller entydig, og gir ikke vektige argumenter for å avvike bestemmelsens ordlyd. Påtalemyndighetens praksis tilfører lite til diskusjonen. Juridisk

litteratur har ikke vært inne på noen diskusjon om skjellig grunn er et vilkår for utleveringspålegg. Påtalemyndigheten har nytte av utleveringspålegg der det ikke foreligger skjellig grunn til mistanke. Når personvernet gis tilstrekkelig vern gjennom forholdsmessighetsprinsippet og domstolskontroll, vil regelen ikke avvike fra lovens ordlyd.

Det må likevel spørres om §210 tolket i lys av §203 og de andre reglene om tvangsmidler i straffeprosessloven likevel bør inneholde et krav om skjellig grunn til mistanke. Jeg har ovenfor konkludert med at skjellig grunn til mistanke er en betingelse for beslag. Skjellig grunn til mistanke er et felles vilkår for alle tvangsmidlene i straffeprosessloven. Ordlyden i §203 om vilkårene for beslag er langt på vei overensstemmende med §210 første ledd første setning. Det vil bringe harmoni til straffeprosessloven og betingelsene for tvangsmidlene i straffeprosessloven, om det samme grunnvilkår også legges til grunn for utleveringspålegg.

Utvalget i NOU 2003:18 Rikets sikkerhet, har lagt til grunn at skjellig grunn til mistanke er et felles vilkår for alle tvangsmidlene i straffeprosessloven. I en notehenviing vises det til at dette gjelder for beslag etter høyesteretts uttalelser i Rt 1998 side 1839 og Rt 2000 side 577 samt Andenæs, Norsk straffeprosess II, 2000 side 188. Deretter uttales: "Det samme må gjelde for utleveringspålegg etter §210".⁵⁷ Det foreligger ingen drøftelse av bestemmelsen.

Det ville være en praktisk løsning for bruken av bestemmelsen å gi §210 et slikt felles innhold med de andre tvangsmidlene. På den annen side finnes det ikke holdepunkter verken fra lovgiver eller fra Høyesterett om at regelen har et slikt innhold.

Utleveringspålegg er det minst inngripende tvangsmiddelet i straffeprosesslovens fjerde del. Mens ransaking, pågripelse, fengsling og beslag innebærer handlinger som ville være ulovlige uten særlig hjemmel, er utleveringspålegg et rettslig pålegg mot en tredjeperson som besitter bevis i en straffesak. Det er derfor god grunn til å tenke seg at lovgiver har ønsket en lavere terskel for dette etterforskningsverktøyet.

Det er ikke en betingelse for utleveringspålegg at det foreligger skjellig grunn til mistanke etter straffeprosessloven §210.

⁵⁷ Under punkt 8.3.1 se note 34

5 Prosessuelle spørsmål

5.1 Form – beslutning eller kjennelse?

§210 annet ledd forutsetter at utleveringspålegg etter første ledd besluttet av retten ved kjennelse. Annet ledd kom inn ved lovendringen av 3. desember 1999 nr. 82, jf Ot. prp. nr. 64 (1998-99). Før denne endringen var det fast praksis og sikker rett at utleveringspålegg ble avgjort med beslutning, jf Rt 1998 side 308.⁵⁸ Forarbeidene omtaler ikke en endring av avgjørelsens form. Det er derfor grunn til å tvile på om dette er en endring som er tilsiktet. Etter lovendringen har Høyesterett fortsatt å godta at utleveringspålegg skjer ved beslutning, jf Rt 2000 side 1236. Oslo tingrett traff 15 av 20 avgjørelser etter §210 første ledd som beslutning i perioden 19. januar til 29. mars 2004.⁵⁹ Bjerke skriver at beslutning antas å være tilstrekkelig etter lovendringen, til tross for at loven krever kjennelse ved utlevering av trafikkdata etter §216b annet ledd bokstav c) og ved prøving av opprettholdelse av beslag etter §208. Dersom det er slik at kjennelsens form har kommet inn i annet ledd etter en feil hos departementet, er den like fullt vedtatt av Stortinget på lovlig måte, jf Grunnloven §47 flg. En adgang til å benytte kjennelse medfører ingen begrensning av individets rettigheter under den rettslige etterforskningen. Det er derfor adgang for retten å benytte formen kjennelse.

5.1.1 Betydningen av hvilken form som benyttes

Hvilken form som benyttes har ingen betydning for rettsmidlene. Både kjennelser og ikke-prosessledende beslutninger kan påkjæres, jf §377.

En kjennelse forutsetter som et utgangspunkt at avgjørelsen skjer i rettsmøte der partene skal innkalles og det er adgang til kontradiksjon, jf §52 jf §43. Dette er likevel bare når det er anledning til det. I de fem tilfellene der Oslo tingrett har brukt kjennelsens form, har avgjørelsen blitt foretatt av dommeren uten rettsmøte. Avgjørelsen av om kjennelsen skal foretas i rettsmøte er opp til den enkelte dommers skjønn, etter en avveining av behovet for kontradiksjon ved behandlingen. Ettersom det er anledning til

⁵⁸ I praksis har formen kjennelse vært brukt ved enkelte domstoler, jf Bjerke Straffeprosessloven side 726.

⁵⁹ Jf 20 avgjørelser fra Oslo tingrett mellom 19. januar til 25. mars 2004 som gjaldt utleveringspålegg etter §210.

å pålegge fremleggelsesplikt ved beslutning uten rettsmøte, og domstolene tydeligvis benytter denne formen i de fleste tilfellene, er det også anledning til å treffe kjennelser uten rettsmøte og kontradiksjon.

Den mest vesentlige ulikheten mellom kjennelse og beslutning som da gjenstår er at kjennelser trenger begrunnelse, mens det ikke er et slikt krav for beslutninger, jf §53 første ledd, jf §52 første ledd. Det kan likevel spørres om det ikke er et krav om begrunnelse også ved beslutning om utleveringspålegg, da dette er et inngripende tvangsmiddel. Jeg vil ikke drøfte dette spørsmålet, men bare vise til at Oslo tingrett, i perioden 19.januar til 29. mars inneværende år, har begrunnet alle sine beslutninger etter §210.

5.2 Medfører utleveringspålegg siktelse?

§82 første ledd:

“Den mistenkte får stilling som siktet når påtalemyndigheten har erklært ham for siktet eller når forfølgning mot ham er innledet ved retten eller det er besluttet eller foretatt pågrepelse, ransaking, beslag eller liknende forholdsregler rettet mot ham.”

Det er altså tre alternative måter for hvordan en person kan bli siktet i en straffesak. Vanligvis vil påtalemyndigheten gi mistenkte status som siktet før det benyttes utleveringspålegg. Spørsmålet som skal besvares her er om utleveringspålegg nødvendigvis medfører siktelse.

Der etterforskningen befinner seg på utenrettslig stadium, har skillet mellom mistenkt og siktet liten betydning. Noen forskjeller er det. For det første skal siktede innkalles til rettsmøter, jf §243. For det andre har siktede rett til erstatning for uberettiget forfølgning, jf §§444 til 447. Dessuten avbryter siktelsen foreldelse av en straffbar handling, jf straffeloven §69.

Utleveringspålegg etter §210 første ledd er rettslig etterforskning. Hvorvidt denne fører til siktelse følger av annet alternativ i §82 første ledd, annet alternativ. Dersom påtalemyndigheten beslutter fremleggelsesplikt etter §210 annet ledd skjer vurderingen etter tredje alternativ.

”Forfølgning mot ham er innledet ved retten” foreligger typisk der tiltale er reist, forelegg er sendt retten, jf §268, eller påtalemyndigheten har bedt om dom i forhørsretten, jf §248. Rettslig avhør under etterforskningen eller utleveringspålegg medfører siktelse dersom det rettslige etterforskningsskrittet er rettet mot mistenkte i saken. Det er her viktig å skille mellom forfølgning som retter seg *mot* personen og inngrep som skjer *hos* personen. Eksempelvis vil en person som utsettes for tredjemannsransaking etter §192 2. ledd ikke få stilling som siktet i saken, på samme måte som besitteren ved utleveringspålegg ikke er siktet i saken.

Utleveringspålegg kan som tidligere nevnt rette seg mot personer som ikke er mistenkt i saken. For eksempel kan påtalemyndigheten kreve utlevert dokumenter som omhandler fornærmedes handlinger. I en kjennelse ved Oslo tingrett 17. februar 2004 ble en teleoperatør pålagt å utlevere opplysninger om fornærmedes telefonsamtaler for å kartlegge kontakten med den angivelige overgriper, og for å få bekreftet eller eventuelt avkreftet forklaringene til fornærmede og mistenkte. Fornærmede får ikke stilling som siktet i et slikt tilfelle hvor den formelle eller faktiske begrunnelsen for inngrepet ikke er at personen er mistenkt i saken, jf Bjerke side 362.

Dersom utleveringspålegget tar sikte på å avklare om det har skjedd et straffbart forhold, vil det som regel være en mistenkt etterforskningen retter seg mot, som dermed får status som siktet. Dette vil typisk være i situasjoner om underslag eller ærekrenkelse.

Der det er klart at det har skjedd en straffbar handling, vil etterforskningen i første rekke gå ut på å finne hvem som står bak. Der det er flere mulige gjerningsmenn; får ikke en som innkalles til rettslig avhør, eller blir etterforsket ved utleveringspålegg, status som siktet i saken.

MC-kjennelsen Rt 1997 side 138, gjaldt en sak der 16 personer tilknyttet to MC klubber var mistenkt i saken. Disse hadde status som vitner i saken og ble innkalt til rettslig avhør, da de nektet å forklare seg for politiet. Lagmannsretten fant at kretsen av mistenkte var så stor at det ikke var sannsynlig at etterforskningen rettet seg direkte mot alle de impliserte. Videre la de til grunn at det ikke forelå omstendigheter som tilsa at etterforskningen hadde den mistenkte ”B” (som hevdet å være siktet) spesielt i sitt søkelys. Det var derfor ikke grunnlag for å si at etterforskningen var rettet mot B.

Kjæremålsutvalget uttalte: ” Når det er uvisst hvem som har begått den påståtte straffbare handling, og flere blir avhørt i sakens anledning, vil de avhørte normalt ikke kunne anses som siktet, jf Bjerke bind I (2 utgaveside 278) side 362. Videre fastslo utvalget at lagmannsrettens konkrete vurdering av om etterforskningen var rettet mot B ikke ga uttrykk for en uriktig lovforståelse. Denne dommen har overføringsverdi til situasjoner hvor utleveringspålegg blir benyttet mot personer som nekter å utlevere bevis i saken. Dersom det blant en krets av personer er noen som nekter å bidra til opplysning av saken ved å ikke gi samtykke til utlevering av bevis, vil de ikke dermed bli siktet. Det er da et krav om at denne personen utpeker seg gjennom de objektive omstendigheter, eller politiets uttalelser eller handlemåte, å være mer i sentrum av politiets etterforskning.

Hells Angels-kjennelsen senere samme år stadfestet dette, jf Rt 1997 side 1523. Politiet mistenkte at medlemmer av MC-klubben, som besto av mellom 20 og 30 medlemmer, for stå bak den straffbare handlingen. De kjærende parter var fire medlemmer av klubben. Personene var innkalt til rettslig avhør og det var benyttet utleveringspålegg rettet mot et mobiltelefonselskap for å få utlevert samtaledata. Lagmannsretten ville ikke gi personene status som siktet. Kjæremålsutvalget kunne ikke se at lagmannsretten hadde tolket loven uriktig og uttalte: ”Det bemerkes i kjæremålet at politiet gjennom mobiltelefonutskriftene kan kartlegge bevegelsene til abonnenten og de han har snakket med, men dette er uten betydning for spørsmålet om hvem som kan anses siktet.”

Bruk av utleveringspålegg medfører ikke nødvendigvis at personen hvis interesser berøres ved inngrepet, blir siktet i saken. Som et utgangspunkt vil personen være å anse som siktet, ved at etterforskningen er rettet mot en konkret siktet i saken. I praksis vil det være vanskelig å avgjøre hvor konkret mistanken må være. Hvorvidt personen får status som siktet må vurderes etter en konkret vurdering av omstendighetene, der mistenktes behov for de rettigheter siktelsesstatusen gir ham, må tas i betraktning, jf Rt 1985 side 1258 jf påtaleinnstruksens §15-2 første ledd, jf Bjerke side 362.

Dersom mistenkte ved utleveringspålegget er under etterforskning, får han status som siktet ved begjæring om inngrepet. Dersom påtalemyndigheten benytter sin kompetanse etter §210 2 ledd, vil siktelse foreligge ved beslutningen, jf Bjerke side 363.

6 Underretning til mistenkte

Både ved kjennelse og beslutning skal retten underrette siktede eller andre som avgjørelsen angår, jf §52 annet ledd jf §53. Ved beslag skal påtalemyndigheten underrette mistenkte, jf §208. Ved utleveringspålegg fremkommer det forutsetningsvis av §210a, at mistenkte underrettes om avgjørelsen. Denne underretningsplikten blir omhandlet i punktet nedenfor. Spørsmålet om hvem som skal underrette mistenkte, vil bli behandlet i punkt 6.3.

6.1 Har mistenkte krav på underretning?

Det rådet stor uenighet etter den tidligere lovgivningen om det var plikt til å underrette ved utleveringspålegg.⁶⁰ Dette er nå avklart av lovgiver gjennom §210a. I samtaler med representanter for påtalemyndigheten har det kommet frem at det fortsatt er usikkerhet om flere sider av underretningsplikten. Hvem som skal underrette og når det skal underrettes, er spørsmål som skal besvares i det følgende. Jeg vil først redegjøre for om det alltid skal underrettes ved utleveringspålegg.

Dersom det ikke foreligger skjellig grunn til mistanke for at noen har begått en straffbar handling som kan medføre høyere frihetsstraff enn 6 måneder, skal det alltid underrettes jf §210a. Dersom dette vil være til skade for etterforskningen og politiet ønsker utsatt underretning kreves kjennelse etter §210a.

Ordlyden til §210a forutsetter underretningsplikt ved utleveringspålegg ”til den mistenkte eller andre som den rammer”.

Hva som ligger i denne formuleringen fremgår ikke direkte av forarbeidene til bestemmelsen og er i viet lite oppmerksomhet i publiserte kjennelser i juridisk litteratur.

Ut fra ordlyden knytter betingelsen ”rammer” seg til ”andre” så vel som ”mistenkte”. Ordlyden må forstås slik at mistenkte ikke alltid skal underrettes om utleveringspålegg. For det første vil det ikke alltid være noen mistenkt å underrette. For det andre trenger ikke mistenkte ”rammes”.

⁶⁰ Samtaler med Anne Mette Dyrnes ved Justisdepartementet og representanter fra påtalemyndigheten.

Med "rammes" kreves etter en naturlig forståelse av begrepet, at dokumentene eller gjenstandene som kreves utlevert har en viss tilknytning til personen som har krav på underretning. Dersom utleveringspålegget ikke knytter seg til gjenstander mistenkte eier, har eierrettigheter i, eller dokumenter med opplysninger om mistenkte, er det klart at han ikke rammes av fremleggelsesplikten, og vil ikke ha krav på underretning.

Etter et ran kan det være aktuelt å samle informasjon om biler som har passert bomstasjoner rundt ranstedet i tidsperioden før og etter forbrytelsen. Det er klart at hver bileier som har passert bomstasjonen ikke har rett til å få underretning. Men skal en mistenkt underrettes dersom pålegget har som formål å finne ut om denne personens bil har vært i ransområdet på gjerningstidspunktet? Ved utlevering av opplysninger om mistenktes pengetransaksjoner vil mistenkte underrettes, men ikke den enkelte person eller selskap som har drevet forretninger med mistenkte.

I NOU 1997:15 antyder utvalget at underretningsplikten knytter seg til eiendomsforholdet til gjenstanden som utleveres. Under punkt 6.5.4 uttaler metodeutvalget: "Mistenkte vil imidlertid ofte rammes av utleveringspålegget og derved ha krav på underretning." Mistenkte vil med andre ord ikke alltid måtte underrettes. På side 65 annen spalte under punkt 4.2.4.3 skriver utvalget at det er den som rammes som underrettes, og at dette for eksempel er eier og andre rettighetshavere i gjenstanden som utleveres. Deretter påpekes det at kontoopplysninger eies av kontoinnehaver, mens innehaver av et telefonabonnement ikke eier teleleverandørens trafikkdata. Det kan synes som at utvalget dermed ikke anser det forpliktende å underrette abonnenten ved pålegg om utlevering av samtaledata knyttet til mistenkte eller andre.

Dette skillet kan virke tilfeldig, da underretning er begrunnet i hensynet til rettssikkerhet og ønsket om en tillitsvekkende og betryggende prosessordning. Der en person etterforskes med tvangsmidler tilsier personvernens hensyn at mistenkte underrettes om inngrepet. Det kan derfor ikke være det eneste vurderingstema for at noen rammes at han har eierinteresser i beviset som utleveres.

Under punkt 4.2.2.6 om underretning ved beslag skriver utvalget at grensen for hvem som "rammes" trekkes på samme måte som i forhold til straffeprosessloven §377 om kjæremålsadgang: det vil si de som har en "aktuell interesse" i det beslaglagte.

Det synes som en fornuftig ordning å tillegge det samme kriterium for underretning som for kjæremålsadgang, da underretning er en forutsetning for å påkjære avgjørelsen.

Dersom personen ikke har mulighet til å prøve beslutningen, vil han ha et mindre behov for å bli underrettet. Ordlyden i §377 og praksis om bestemmelsen gir ingen holdepunkter for når en person "rammes" av utleveringspålegg.

(Jeg har drøftet ovenfor under 5.2 om når en person blir siktet ved utleveringspålegg.)

Ved denne vurderingen skal det tas i betraktning om mistenkte har behov for de partsrettigheter statusen som siktet gir ham. På samme måte bør det ved vurderingen av om en person har krav på underretning tas i betraktning hvilket behov han har for slike opplysninger, samt behovet for å kunne påkjære avgjørelsen.

Rettslig avhør under etterforskningen, der vitnet har plikt til å ta med seg dokumenter han er pliktig å utlevere samt gjøre seg kjent med opplysninger han har adgang til, jf §§237, 108 og 116, tilsvarer nærmest regelen om utleveringspålegg etter §210.

Dersom en ansatt hos eksempelvis Netcom ble innkalt til rettslig avhør for å kartlegge mistenkte B sine bevegelser eller kontakter, ville dette skje i et rettsmøte der siktede innkalles, jf §243. Mistenkte, som ikke får stilling som siktet, vil ikke ha rett til kontradiksjon under rettsmøtet. Han vil heller ikke ha rett til underretning om at vitnet har gjort seg kjent med eller er pålagt å ta med dokumenter om opplysninger om personens bruk av mobiltelefon etter §116. Det er altså avgjørende for abonnentens rett til å bli informert at han er siktet i saken, se 5.2. Mistenkte vil kunne gjøre seg kjent med saksdokumentene i etterkant av avhøret, jf §242.

Ved den konkrete skønsmessige vurderingen av om en person rammes av et utleveringspålegg vil det derfor være naturlig å legge til grunn de samme momenter som ved avgjørelsen av om noen er siktet i saken. Dersom pålegget er rettslig etterforskning konkret rettet mot en mistenkt i saken, vil han ha rett til å underrettes om inngrepet. Dette må gjelde uavhengig av hvilken status personen har før inngrepet, og om han har rettigheter i den beslaglagte ting. (En siktet vil også bare ha rett til underretning dersom pålegget er en del av etterforskningen rettet mot ham, eller han har eierrettigheter i beviset.)

Som eksempel på hvem som rammes av at tingen utleveres, nevner Dyrnes et tilfelle der banken pålegges å utlevere kontoutskrifter vedrørende kontoen til siktedes mor. Uten at dette er uttrykkelig nevnt, må det antas at politiet i dette eksempelet mistenker siktede for å benytte morens kontoer for å skjule egne handlinger. Dyrnes hevder at både moren og siktede skal underrettes.⁶¹ Moren skal varsles som eier av kontoen. Siktede har ingen rettighet i morens bankkonto, men inngrepet en del av etterforskningen mot ham. Han har derfor rettslig interesse av å underrettes.

Ved utleveringspålegg rettet mot en teleleverandør som en del av etterforskningen av mistenkte, skal han underrettes selv om dataopplysningene ikke tilhører ham.

Det må derfor underrettes om utleveringspålegg til eieren og andre med rettigheter i beviset. Dersom utleveringspålegget ville medføre at mistenkte ved inngrepet blir å anse som siktet i saken, skal han underrettes om tvangsmiddelet. Det er grunn til å understreke at det i praksis skal underrettes ved de fleste utleveringspålegg. Dersom det foretas beslutning om fremleggelsesplikt av samtaleinformasjon til en person under etterforskningen, vil dette i de aller fleste tilfeller medføre siktelse ved at etterforskningen innledet ved retten er konkret rettet mot mistenkte. Mistenkte vil da ha rett til å informeres om inngrepet.

(I Bjerke side 1195 siste avsnitt ”Også i andre saker enn om vitneplikt vil andre enn sakens parter kunne bli rammet, for eksempel beslag eller utleveringspålegg i kap 16. *Tredje mann* vil i disse tilfellene ha en selvstendig rett til å påkjære rettens avgjørelse. Men vedkommende må være rammet i lovens forstand. Det er ikke nok at han har en viss (faktisk) interesse i den aktuelle rettslige avgjørelsen.)

Det er ikke alltid det er noen mistenkt i saken.

Utleveringspålegg kan være etterforskningsskritt for å klargjøre hendelsesforløpet, uten å være rettet mot mistenkte. Et eksempel er en sak fra Oslo tingrett der Oslo politidistrikt ville innhente samtaledata fra og til et vitnes/ fornærmedes telefon, for å klargjøre forholdet til mistenkte.

⁶¹ side 194

6.2 Når skal det underrettes?

Siktede skal stevnes til rettslig vitneavhør under etterforskningen med lovlig varsel, jf §243. Dersom kjennelse om utleveringspålegg skjer i rettsmøte gjelder tilsvarende. Beslutning eller kjennelse uten rettsmøte skjer uten forutgående varsel til partene eller andre. Etter rettens avgjørelse skal den som rammes underrettes. Når dette skal skje kommer ikke frem av loven, og det er ikke sagt noe i forarbeidene til verken §210 eller §210a. Derimot er det sagt om §208 (der det uttrykkelig står at påtalemyndigheten skal underrette enhver som rammes av beslaget om deres rett til å prøve opprettholdelsen av beslaget), at underretningen må gis så snart som mulig for at retten ikke skal bli illusorisk. Underretningen her vil skje etter at politiet har fått hånd om gjenstanden. Ved utleveringspålegg har politiet ikke fått besittelsen på tidspunktet for den rettslige beslutningen. Det må da spørres om fristen for underretningen løper fra rettens avgjørelse, fra tidspunktet politiet mottar beslutningen eller når gjenstanden blir utlevert. Dersom det er slik at det er påtalemyndigheten som underretter, forutsetter det at de har fått kunnskap om beslutningen. Dersom plikten til underretning følger av §208 må det legges til grunn at plikten først foreligger når tingen er utlevert og beslaglagt av politiet. Etter de vanlige regler om underretning etter §53 annet ledd jf §52, skal retten snarest mulig gjøre siktede kjent med kjennelsen/beslutningen. Dersom det er denne bestemmelsen som regulerer underretningen løper fristen fra den rettslige avgjørelsen.

6.3 Hvem skal underrette?

Er det den allminnelige regelen om underretning av rettslige avgjørelser i §53 annet ledd, eller er det spesialregelen i §208 som regulerer hvem som skal stå for underretningen av den som rammes?

Ved beslag er vi i den særstillingen at retten ikke har foretatt noen avgjørelse, slik at §53 annet ledd ikke er anvendelig. Ved beslag etter rettslig beslutning, jf §205 annet ledd, er det en forutsetning at mistenkte, eller andre med interesse av at tingen ikke kommer i politiets besittelse, ikke får kunnskap om beslutningen før beslaget er gjort. Ved utleveringspålegg er det retten som tar beslutningen om det er adgang til utlevering. Der påtalemyndigheten benytter sin hastekompetanse skal retten prøve

betingelsene i etterkant. Det er her ikke nødvendig med en særbestemmelse om underretning fra påtalemyndighetens side. Utleveringspålegg benyttes der det ikke fryktes at besitter eller mistenkte kan forringe bevisene. Det er da ikke behov for at underretning utsettes til etter at bevisene er utlevert. Dessuten vil særlig underretning fra påtalemyndigheten ikke være like nødvendig som ved beslag, der retten ikke har vurdert om betingelsene for beslag er tilstede. På den annen side får §208 anvendelse der retten beslutter beslag, jf §205 annet ledd.

Det er ingen publiserte beslutninger fra domstolene om denne problemstillingen. Blant representantene for påtalemyndigheten, som benytter §210 i praksis, er det uenighet om hvem som plikter å gi underretning. En politiadvokat har gitt uttrykk for at det er besitter som underretter mistenkte. *Andre mener det er påtalemyndigheten selv.*

Det er i det ovenstående argumentert for at ting utlevert etter §210 er ”beslaglagt” jf §208, slik at det er adgang til å prøve om betingelsene for fortsatt beslag er tilstede. Det er praktisk for anvendelsen av reglene om beslag og utleveringspålegg at de er mest mulig like. Dette er gjort til et poeng ved utformingen av §§200a, 208a og §210a jf Ot. prp. nr. 64 (1998-1999) side 152 under §210a siste avsnitt. Dersom politiet plikter å underrette ved beslag men ikke ved utleveringspålegg må det skilles mellom måtene bevisene er tilegnet. Dette gjør politiets arbeid mer komplisert enn nødvendig.

Der det er besluttet utsatt underretning etter §210a, vil den eneste praktiske ordning være at det er påtalemyndigheten som underretter når perioden for hemmelighold er ute. Påtalemyndigheten er forpliktet til å underrette mistenkte dersom betingelsene for hemmelighold ikke lenger er tilstede, jf §210a annet ledd, jf §208a annet ledd.⁶²

Disse særlige omstendigheter tilsier at straffeprosesslovens hovedregel om underretning ikke anvendes ved utleveringspålegg. Det er grunn til å tro at det er påtalemyndigheten som plikter å underrette mistenkte eller andre som rammes av inngrepet.

6.4 Utsatt underretning – § 210a

Ettersom plikten til underretning til er et sentralt tema i oppgaven vil jeg summarisk redegjøre for §210a for å vise grensen mot §210.

⁶² Ot. prp. nr. 64 (1998-1999) side 151 annen spalte femte avsnitt siste setning

Regelen om utsatt underretning om utleveringspålegg kom inn i loven ved lov 3 desember 1999 nr. 82 §210a.

§ 210 a.

Når noen med skjellig grunn mistenkes for en handling eller forsøk på en handling som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder, kan retten ved kjennelse beslutte at underretning om utleveringspålegg etter §210 til den mistenkte eller andre som rammes av utleveringspålegget, kan utsettes dersom det er strengt nødvendig for etterforskningen i saken at underretning ikke gis.

§208 a gjelder tilsvarende.

Utsatt underretning er betinget av at det foreligger skjellig grunn til mistanke om en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn 6 måneders fengsel.

Innholdet av skjellig grunn til mistanke er gjennomgått ovenfor under 2.3.1. I denne bestemmelsen er det i tillegg krav om at mistanken retter seg mot konkrete personer. Jeg har nevnt ovenfor et eksempel der banken pålegges å utlevere kontoutskriftene til mistenktes mor. Det er da krav om at det foreligger skjellig grunn til mistanke, rettet mot sønnen.

Mistanken må knytte seg til handlinger eller forsøk på handlinger som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder. Dersom øvre strafferamme er 6 år, kan det ikke benyttes utsatt varsel til tross for at det er anledning til å bøtelegge ved siden av frihetsstraffen. Forsøk skal i skrivende stund straffes lavere enn fullbyrdet handling, jf straffeloven §51. Det vil si at det faktisk er anledning til utsatt underretning der en person ikke risikerer høyere straff enn 6 måneder.

Bjerke skriver at utvidelse av strafferammen som følge av konkurrens eller gjentakelse kan ha betydning i motsetning til ved §200a og §208a. Riktignok er utvidelse av strafferammen konkret tatt stilling til i de nevnte bestemmelser, men etter §210a annet ledd skal §208a gjelde tilsvarende. Det er i tillegg uttalt i forarbeidene at disse bestemmelsene skal ha like betingelser.⁶³ Det har formodningen mot seg at §210a skal

⁶³ se Ot. prp. Nr 64 (1998-1999) side 152 annen spalte siste avsnitt under §210a

ha et annet krav til strafferamme enn §208a, når det ikke konkret er nevnt i forarbeidene at betingelsene skal være ulike.

Utsettelse kan bare besluttes der det er strengt nødvendig for etterforskningen i saken. Dette er et strengt krav, og det kreves mye før underretning kan utsettes. Ordlyden begrenser utsettelsen til ”saken”. Utsettelse kan ikke gis med begrunnelse at det er nødvendig for etterforskningen av andre straffbare forhold enn det mistanken gjelder.

§210a gir §208a tilsvarende virkning. Det må gjelde så langt noe annet ikke uttrykkelig kommer fram av lovens ordlyd eller dens formål.

Det er retten som har kompetanse til å beslutte utsatt underretning. Det følger tilsynelatende av §§210a annet ledd, 208a femte ledd, at politiet har hastekompetanse til å pålegge utlevering av bevis uten at mistenkte får kunnskap om inngrepet. Under 13.5.5 går departementet uttrykkelig inn for at det skal gis hastekompetanse til påtalemyndigheten ved utleveringspålegg. Men det bør skje under de samme begrensninger som i §216d. En slik ordre fra påtalemyndigheten må legges frem for retten innen 24 timer. Det er politimesteren eller visepolitimesteren som har denne kompetansen.

Rettens avgjørelse skjer ved kjennelse, men fører ikke til at mistenkte blir siktet, jf §82 tredje ledd. Bakgrunnen for at mistenkte ikke skal få status som siktet før underretningsfristen utløper er at han ikke skal få vite om tvangsmidlet mens det pågår. Mistenkte får rett til advokat etter §100a, som ivaretar mistenktes rettigheter. En slik rett til advokat får ikke mistenkte ved påtalemyndighetens ordre om utleveringspålegg.

Utsatt underretning kan besluttes også der mistenkte ikke kan straffes fordi han er utilregnelig, jf §208a jf §196.

Avgjørelsen skal skje uten at mistenkte eller andre som avgjørelsen rammer får anledning til å uttale seg, jf §216e annet ledd. Mistenkte og den som rammes av utleveringspålegget skal underrettes så snart betingelsene for utsatt underretning ikke er til stede, eller når det tas ut tiltale i saken, jf §202c sjette ledd tredje og fjerde punktum. Det kan i spesielle tilfeller bestemmes at underretning ikke skal skje i det hele tatt.

Etter §208a fjerde ledd kan besitter og andre pålegges taushetsplikt om utleveringspålegget, jf straffeloven §132a.

Kompetansen til å begjære utsatt underretning tilkommer politimesteren, jf §208a femte ledd, jf §216d. Denne vil også kunne beslutte utleveringspålegg, utsatt underretning og taushetsplikt dersom etterforskningen vil lide, jf §208 femte ledd. Denne beslutningen varer i maksimalt 24 timer. Påtalemyndighetens ordre skal være skriftlig og snarest forelegges retten, jf §197.

6.5 Utleveringspålegg fremover i tid - §210b

§210b om adgang for retten til å pålegge vitner i fremtiden å utlevere bevis de kommer i besittelse av, kom inn i straffeprosessloven ved samme dato som §210 annet ledd og §210a. Lovendringen begrenset §210 første ledds anvendelsesområde. Etter tidligere rett var det anledning til å kreve utlevert bevis som vitnet ikke hadde besittelsen av på tidspunktet for den rettslige beslutningen. Det avgjørende var ikke om besitter hadde tingen på påleggstidspunktet, men at vitnet vil få besittelsen i fremtiden, jf Rt 1997 side 470 (Netcom-kjennelsen).

Bruken av utleveringspålegg for utlevering av fremtidige bevis innebærer en fortløpende kontroll av mistenktes kontakter og bevegelser. Dette er et meget inngripende etterforskningsmiddel, slik at betingelsene for denne type tvangsmiddel ble skjerpet ved §210b.

Det er nå krav om skjellig grunn til mistanke om for at mistenkte i saken har begått en handling som kan medføre mer enn fem års fengsel, i tillegg til de alminnelige vilkårene for utleveringspålegg. I motsetning til §216b er det ikke gjort unntak for strafferammen. Pålegget er begrenset til fire uker, eller åtte uker der etterforskningen gjelder brudd på bestemmelser i straffeloven kapittel 8 og 9. Det er anledning til å begjære nytt pålegg når det foregående utløper.

Tidligere overlappet §210 med kapittel 16a når det gjaldt løpende utlevering av opplysninger om kommunikasjonsdata. Dette er nå uttrykkelig holdt utenfor §210b, jf tredje ledd. Dersom politiet vil pålegge utlevering av opplysninger vitnet får i fremtiden, må dette gjøres med hjemmel i §216b annet ledd bokstav c. Historiske

kommunikasjonsdata kan kreves utlevert med hjemmel i §216b og §210, jf Ot. prp. nr. 64 (1998-1999) punkt 13.9.

Jeg vil ikke gå videre inn på forholdet mellom §210b og §216b.

6.6 Forholdet mellom §210 og §216b

§216b annet ledd bokstav c, gir hjemmel for innhenting av fremtidige og historiske kommunikasjonsdata. Til tross for særhjemmelen for utlevering av denne type bevis, begrenser ikke dette virkeområdet til §210. Det er slått fast i Rt 1997 side 470, og uttrykkelig omtalt i Ot. prp. nr. 64 (1998-1999) punkt 13.9. Pålegg om utlevering av historiske trafikkdata ble sett på som mindre inngripende enn fortløpende kommunikasjonskontroll gjennom utleveringspålegg. Det var derfor ikke nødvendig at betingelsene ble skjerpet, eller at §216b skulle være eneste hjemmel for slike inngrep. Til tross for at bestemmelsene overlapper, har de selvstendige virkeområder. §216a gjelder bare kommunikasjonskontroll, mens §210 gjelder alle straffbare forhold. Innenfor det område hvor det er overlapning, kan politiet velge hvilken hjemmel de vil benytte. Det vil omfatte alle forhold med strafferamme over 5 år, og i tillegg straffebud som rammes av §216b første ledd bokstav b.

Kommunikasjonskontroll etter §216b skal holdes hemmelig for mistenkte og andre som rammes, jf §216e. Dersom utleveringspålegg skal holdes hemmelig, krever dette beslutning etter §210a, som krever 6 måneders strafferamme for det straffbare forhold som etterforskes. Siden §216b gir hjemmel for kommunikasjonskontroll ved mistanke om brudd på straffeloven §§145 annet ledd, 211 første ledd bokstav d jf fjerde ledd jf §390a, som har lavere strafferamme enn 6 måneder, kan hemmelig innhenting bare skje ved §216b i disse tilfellene.

Ved §216b vil innhenting være underlagt kontrollutvalgets kontroll.

I §216b annet ledd om kommunikasjonskontroll, er det vist til §216a annet ledd. I departementet sammenligning av §210 og §210b, er det ikke nevnt at det skal være forskjell på bestemmelsene når det gjelder bruk av tvangsmidler i saker hvor mistenkte ikke kan straffes som følge av utilregnelighet eller mindrerårighet.⁶⁴ Det må derfor være

⁶⁴ Ot. prp. nr. 64 (1998-1999) side 114 under punkt 13.9

anledning til å benytte utleveringspålegg i saker der mistenkte ikke kan straffes som følge av straffeloven §§44 og 46.

7 Kjæremål

Dersom besitter er av den formening at pålegget ikke er tilstrekkelig konkretisert, må han påkjære rettens beslutning, jf §377. Kjæremålet har oppsettende virkning for den som er pålagt å fremlegge bevis, jf §382 annet ledd.

7.1 Innebærer utleveringspålegg "beslag" av bevis etter §208 første ledd?

Er det behov for å gi §208 virkning for §210?

Beslutninger etter §210 første ledd kan påkjæres av den som "rammes av pålegget".

Retten og muligheten til å påkjære avgjørelsen forutsetter at en er underrettet om pålegget. Hvem som har rett til å bli informert og når en slik rett foreligger er diskutert under punkt 6 . Dersom det er anledning til å påkjære rettens avgjørelse om utlevering, vil det likevel være behov for å gi §208 anvendelse. §208 åpner for at den som rammes prøver om det er grunnlag for opprettholdelse av beslaget. Umiddelbart etter beslaget vil et kjæremål over beslutningen gjøre samme nytte. Men etter utløpet av en eventuell kjæremålsfrist, er §208 det eneste alternativet.

Er bevis tilegnet ved utleveringspålegg "beslaglagt"?

Beslag kjennetegnes ved at politiet ved makt tilegner seg "ting". Det er tilfelle når politiet etter ransaking finner gjenstander som antas å ha betydning som bevis eller kan inndras eller tas heftelse i, og fratar besitteren besittelsen. På den annen side vil bevis ofte overleveres til politiet av besitteren "frivillig", se §§ 205 første ledd og 208 annet ledd. Dette kan bli gjort fordi besitteren vet at ransaking og beslagsadgang er et ris bak speilet. Ved frivillig utlevering trenger det ikke foreligge skriftlig beslutning fra påtalemyndigheten om beslag, jf §205. Uavhengig av besitterens motiv og om beslutning av påtalemyndigheten foreligger, vil besitteren eller den som har rettslig interesse i tingen, kunne prøve for retten om vilkårene for beslag er tilstede etter straffeprosessloven §208 annet ledd.

Bjerke/Keiserud hevder at dette er beslag i rettslig forstand (Bjerke 2001 side 724). Andenæs mener diskusjonen om hvorvidt bevis utlevert frivillig skal anses som beslag bare er en terminologisk diskusjon, og at betegnelsen av det som kreves utlevert ikke har noen praktisk betydning, da reglene om beslag anvendes tilsvarende (Andenæs II side 191). Adgangen til å prøve opprettholdelse av påtalemyndighetens tilegnelse er identiske ved bruk av makt og frivillig utlevering. Dette tilsier at det som er blitt tilegnet av politiet omtales med samme terminologi; beslag.

Reglene på straffeprosessens område er fragmentariske og vanskelig tilgjengelige for menigmann så vel som utøvere i rettsapparatet. For enkelhets skyld bør bevis som er fratatt besitteren omtales som beslag, uavhengig av måten påtalemyndigheten har fått tilegnelsen.

Det må så spørres om ting som er utlevert etter pålegg etter §210, er beslag etter §208. Utleveringspålegg er en praktisk ordning for tilegnelse av bevis, der politiet ikke finner eller vil ha vanskelig for å finne bevisene ved ordinær ransaking. Å betegne bevisene annerledes som følge av metoden de er innhentet på vil være kunstig, med mindre de rettslige betingelsene og konsekvensene er ulike. Utleveringspålegg avgjøres i hovedsak av retten, dessuten er betingelsene noe snevrere enn for beslag etter §§203 flg. jf §210 jf §§122 og 123.

Etter sin ordlyd vil §208 komme til anvendelse dersom en er rammet av "beslaget". I sine begjæringer om utleveringspålegg henviser Oslo Politidistrikt fra §210 til §§205 og 203, slik at §§208 og 208a får direkte anvendelse (jf politiets basisløsninger for utleveringspålegg). §208 vil komme til anvendelse for personer utsatt for utleveringspålegg dersom dette betegnes som "beslaglagt", eller §208 første eller annet ledd tolkes utvidende og omfatter bevis utlevert ved utleveringspålegg.

Det ligger implisitt i utleveringsbestemmelsen at det som kreves utlevert ikke kan kreves tilbakelevert til den som rammes av beslutningen uten en prøvelse av retten. I ordets vanlige forstand er bevisene beslaglagt , og det må være unødvendig å vise til §203. I eksemplene i Dyrnes 2004 side 274-285 er det ikke slike henvisninger til beslagsbestemmelsene. Andenæs nevner ikke om §208 skal ha virkning for §210.

Etter oppbygningen av lovens bestemmelser om beslag og utleveringspålegg er det ikke naturlig å gi §208 anvendelse for §210. §208 er plassert sammen med reglene om beslag, og foran §210. Hvis dette skulle være en felles prøvningsadgang for utleveringspålegg og beslag, ville det være naturlig å plassere bestemmelsen etter §210 eller gi en direkte henvisning fra §210 til §208.

Det er materielt og prosessuelt ulike betingelser for bruken av bestemmelsene. Det kan være fornuftig å skille bestemmelsene ved å gi de ulike betegnelser. Men når bevisene befinner seg i politiets besittelse, ser jeg ingen grunn til at de skal ha ulike betegnelser og ulike kjæremålsadgang. Det å betegne bevis overlevert til politiet etter §210 som beslag er en god "inngangsport" til §208.

Utleveringspålegg innebærer beslag av bevis. §208 gjelder for bevis utlevert etter §210.

7.2 Oppsettende virkning for tredjemann

Kjæremål over utleveringspålegg vil ha oppsettende virkning dersom det er tredjemann som påkjærer. Dersom mistenkte påkjærer har utleveringspålegg ikke oppsettende virkning jf §382 2 ledd

Vil mistenkte eller besitter påkjære påtalemyndighetens beslutning med oppsettende virkning? Under etterforskning vil det viktigste for politiet være å få tilgang til opplysninger som kan lede etterforskningen videre. Dersom politiet får underkjent pålegget etter §210 annet ledd og må tilbakelevere bevisene vil de likevel ha oppnådd å få kunnskap om opplysningene. På samme måte vil det være dersom den beslutningen retter seg mot ikke får kunnskap om begjæringen før rettens avgjørelse, og derfor ikke kan komme med innsigelser mot tvangsmiddelet. Kan vitnet nekte å utlevere beviset før retten har behandlet kjæremålet?

8 Henvisninger og litteraturliste

8.1 Litteraturliste

- Andenæs, Johs: Norsk straffeprosess bind I og II, (3. utgave) 2000),
Universitetsforlaget
- Bjerke/Keiserud Kommentar til straffeprosessloven 2. utgave 1996 side 540
- Bjerke/Keiserud Kommentarer til straffeprosessloven, 3. utg. 2001, side 725
- Dyrnes, Anne Mette Inndragning. Hva må gjøres? Økokrim skriftserie 2004, Nr. 15,
Ciceron forlag
- Eckhoff, Torstein, Rettskildelære, 4. utgave 1997, Tano forlag
- Hov, Jo: Rettergang I, Papinian Forlag, 1999
- Hov, Jo: Rettergang II, Papinian Forlag, 1999

Artikkel:

- Asle Fuhr Juristkontakt nr, 2/2003, utgitt av Norges juristforbund
- Kjerstin Ringdal og
Brynjar Mørkved

8.2 Lovregister

- 1814 Norges grunnlov (Grunnloven) av 17. mai 1814
- 1961 Lov om sparebanker (sparebankloven) av 24. mai 1961 nr.1 §21
- 1961 Lov om forretningsbanker (forretningsbankloven) av 24. mai 1961
nr. 2 §18 første ledd
- 1980 Lov om ligningsforvaltning (Ligningsloven) av 13. juni 1980 nr. 24

- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25
- 1988 Finansieringsvirksomhetsloven av 10. juni 1988 nr. 40
- 1997 Verdipapirloven 19. juni Nr. 79
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21.05.1999 nr. 30
- 1999 Lov om helsepersonell (helsepersonelloven) av 2. juni 1999 §47

8.3 Forarbeider

8.3.1 Stortingsforhandlinger

Forhandlingene i Odelstinget for 1980-81 side 460-461

Forhandlingene i Lagtinget for 1980-81 side 75

8.3.2 Norges offentlige utredninger

Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra straffeprosesskomiteen 1969

Metodeutvalget i NOU 1997:15 (Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet)

NOU 2004: 6 Mellom effektivitet og personvern , Politimetoder i forebyggende øyemed.

8.3.3 Odelstingsproposisjoner

Ot. prp. nr. 35 (1978-79) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

Ot.prp. nr 58 (2002-2003) Om lov om elektronisk kommunikasjon. (Ekomloven)

Ot. prp. nr. 62 (1998-1999) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (Lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv)

Ot. prp. nr. 64 (1998-1999) Om lov om endringer mv. (etterforskningsmetoder mv)

8.4 Register over kjennelser og beslutninger

Norske rettsdende (Rt). Inneholder dommer, kjennelser og beslutninger av Norges Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg.

Rt 1898 side 687

Rt 1908 side 681

Rt 1918 side 705

Rt 1976 side 1217

Rt 1985 side 1258

Rt 1992 side 362

Rt 1992 side 407

Rt 1992 side 904

Rt 1992 side 904 på side 906

Rt 1992 side 928

Rt 1992 side 1529

Rt. 1993 side 1302

Rt 1994 side 964

Rt 1997 side 138

Rt 1997 side 266 (Henning Holstad)

Rt 1997 side 470 (Netcom-avgjørelsen)

Rt 1997 side 1523

Rt 1997 side 1527

Rt 1998 side 308

Rt 1998 side 403

Rt 1998 side 1839

Rt. 1999 side 1944

Rt 2000 side 577 (Paribas-saken)

Rt 2000 side 1236

Upubliserte kjennelser og beslutninger

20 avgjørelser fra Oslo tingrett mellom 19. januar til 25. mars 2004 som gjaldt utleveringspålegg etter §210.

8.5 Konvensjoner

Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter som endret ved ellefte protokoll 11. mai 1994, med tilleggsprotokoller 4, 6 og 7.

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter,

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter med tilleggsprotokoller: 16. desember 1966 og 15. desember 1989 om avskaffelse av dødsstraff.

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter med følgende tilleggsprotokoller: a) Valgfri protokoll 25. mai 2000 om salg

av barn, barneprostitusjon og barnepornografi b) Valgfri protokoll 25. mai 2000 om barn i væpnet konflikt.